J. pract.
122
f

7. pract. 122 t

J. pract.
122
f

J. Pract. 122 f

Die Nichtigkeitsklage

in

bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten,

besonders

gegen Erkenntnisse

der

Deutschen obersten Gerichtshöfe,

erörtert und beleuchtet

von

Dr L. Herquet.

Erstes Heft,

die Erörterung enthaltend.

Fulda,
Müller'sche Buchhandlung
1838.

193 b

Geschrieben zu Neu Brandenburg

von der Tann.

16 Oct. 1839.

Die Nichtigkeitsklage

in

bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten,

besonders

gegen Erkenntnisse

der

Deutschen obersten Gerichtshöfe,

erörtert und beleuchtet

von

L. Herquet

Doctor der Philosophie und der Rechte, Kurhessischem Regierungsdirector a. D. und mehrer gelehrten Gesellschaften Mitgliede.

Fulda,
Müller'sche Buchhandlung.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Nemo judex, vel arbiter existimet neque consultationes, quas non rite judicatas esse putaverit, sequendum, et multo magis sententias eminentissimorum Praefectorum, vel aliorum procerum (non enim siquid non bene dirimatur, hoc et in aliorum judicum vitium extendi oportet, cum non exemplis sed legibus judicandum sit) neque si cognitionales sint amplissimae praefecturae, vel alicujus maximi magistratus prolatae sententiae: sed omnes judices nostros veritatem et legum et justitiae sequi vestigia sancimus.

Imp. Justinianus in constit. 13. Cod. de sentent. et interl. (VII. 45.)

Vorwort.

Nichts natürlicher, als daß man in diesem die Geschichte der Entstehung des Geisteswerkes, welches man bevorwortet, erzählet, den Zweck seiner Veröffentlichung andeutet!

Schon während meines academischen Rechtsstudiums von der Nichtigkeitslehre besonders angezogen, hatte ich während meines vieljährigen Dienstes im Justizfache mehrfache Gelegenheit, von der Schwierigkeit dieser Rechtslehre in einzelnen Vorkommenheiten mich zu überzeugen, und über die einschlagenden Rechtsfragen nachzudenken, ohne daß sich dadurch eine klare und feste Ansicht über dieselbe in ihrem ganzen Umfange bei mir gebildet hätte.

Mit dem Anfange des Jahres 1811 wurde ich dem Dienste der Themis durch Anstellung als Praefect des Departements Fulda im vormaligen Großherzogthume Frankfurt entzogen, und mehre Jahre hindurch als solcher, und später unter Kurhessen als Regierungsdirector im Verwaltungsfache beschäftiget. Bei meiner schon im Jahre 1821 erfolgten Pensionirung ergab sich mir die Veranlassung zu einem Rechtsstreite gegen die Kurhessische Staatsregierung wegen Pensionsverkürzung, welcher sich mit einem, nach sorgfältigster Prüfung und dadurch gewonnener vollkommensten Ueberzeugung, nicht blos rechtswidrigen, sondern selbst nichtigen Erkenntnisse des Kurfürstlichen Oberappellationsgerichts zu Kassel vom 7. October 1826 endigen sollte. Ein Versuch, den Hauptentscheidungsgrund desselben im Wege der Restitution durch neue Beweise zu beseitigen, war gegen alles Erwarten fruchtlos. Unter solchem Verhältnisse blieb nun nichts, als die materiel wohl zu begründende Nichtigkeitsklage gegen das Erkenntniß jenes obersten Gerichtes übrig; es erhob sich aber dabei sogleich die

Frage; ob eine solche bei demselben auch formel als statthaft zugelassen werden würde. Nun und nimmermehr, antwortete ein darüber befragter Kurhessischer Rechtsgelehrter; denn die Nichtigkeitsklage ist ja ein devolutives Rechtsmittel!— Das processualische Orakel einer früheren Zeit (Gönner) hatte wirklich mit einem Aufwande von Gelehrsamkeit denselben Ausspruch vertheidiget, während sehr viele andere, oder vielmehr die meisten Rechts- und Proceßlehrer in ihren Lehr- und Handbüchern es als ausgemacht angesehen hatten, daß die Nichtigkeitsklage sowohl bei demselben, als bei dem höheren Richter angestellt werden könne. Gegen diese gemeine Meinung sollte die Klage über ein nichtiges Erkenntniß ein devolutives Rechtsmittel sein?! Und zwar ein devolutives Rechtsmittel mit dreißigjähriger Verjährung sein?! — In diesem Labyrinthe, in welchem ich, wie wohl Mancher vor mir, vor lauter Bäumen den Wald nicht sah, haschte ich vergebens nach dem Faden, der mich demselben entführen sollte. Ungefähr um dieselbe Zeit gerieth durch einen glücklichen Zufall die Landgräfl. Hessendarmstädtische am 17. März 1797 zur Beförderung und Beschleunigung einer unpartheiischen Justizpflege ergangene Verordnung in meine Hände. Aus ihr ersah ich, daß schon mit dem Ende des vorigen Jahrhunderts, während noch Reichsgerichte bestanden, beim Oberappellationsgerichte zu Darmstadt die Nichtigkeitsklage gegen dessen Erkenntnisse als zuläßig, gesetzlich und ausdrücklich, erachtet worden war. Und diese Nichtigkeitsklage sollte jetzt, zumal nach längst verschwundenen Reichsgerichten, bei einem anderen Oberappellationsgerichte gegen ein Erkenntniß desselben nicht zuläßig sein?— Dieses sonderbare Verhältniß der Sache bewog mich, einem tieferen Forschen und Eindringen in die Lehre von der Nichtigkeitsklage, einer sorgsamen Aufsuchung und Benutzung der mir zu Gebothe stehenden litterärischen Hilfsmittel, einer fortgesetzten Erkundigung, was bei anderen Deutschen obersten Gerichtshöfen über die zweifelhafte Frage festgesetzt sei, und einem angestrengten Nachdenken und Prüfen des gesammelten Stoffes durch mehre Jahre meine Zeit und Kräfte zu widmen. Die Früchte meiner Bemühungen und Forschungen, und meines Studiums, das dadurch gebildete System über eine schwierige Rechtsmaterie, und jene be-

sondere Frage umfasset die in diesem ersten Hefte enthaltene Erörterung, welche ich hiermit der öffentlichen Beurtheilung anheimgebe. Zur Beleuchtung derselben wird im nachfolgenden zweiten Hefte der vorhin berührte Rechtsstreit, als Gegenstück des in der Erörterung mehrmal erwähnten Rechtsfalles des Grafen von Hallberg in Würtemberg, der Wahrheit streng getreu, erzählet werden. Zwei Rechtsfälle, welche in den Annalen der Deutschen Rechtspflege als einzig, und sonderbar, wie die obersten Gerichte, welche sie entschieden haben, als von allen anderen obersten Gerichten abweichend, sich auszeichnen!

Vor dreißig und mehr Jahren habe ich die Frage: ob und inwieweit Gemeinheitstheilungssachen Polizei- oder Justizsachen seien, zu erörtern versucht, und die entwickelten Grundsätze auf den letzten am Deutschen Reichstage vorgekommenen, aber durch die bald darauf erfolgte Auflösung der Reichsverfassung unentschieden gebliebenen Recurs zur Ehrenrettung einer Entscheidung des Kaiserl. Reichshofrathes in der Eütiner Gemeinheitstheilungssache in Häberlins Staatsarchive (Heft 56. S. 323) angewendet. Jetzt versuche ich es, der Frage: ob und inwiefern gegen nichtige Erkenntnisse der Deutschen Oberappellationsgerichte in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten die Nichtigkeitsklage Statt finde, eine geflissentliche und strenge Untersuchung zu widmen, und dem über eine schwierige Proceßmaterie aus der Natur der Sache und den Gesetzen entwickelten Systeme, und dem in demselben festgestellten Maßstabe einen in vieler Hinsicht merkwürdigen Rechtsfall zu unterlegen. So sind es früher und später Erkenntnisse oberster Gerichte, welche mich anziehen, oder verletzen, welche ich bald rechtfertigend vertheidigen, bald mit dem altdeutschen Ausdrucke schelten muß.

Möge das rechtsgelehrte Publicum diese Arbeit mit derjenigen Rücksicht aufnehmen, welche der schon greise, seit lange der Rechtspraxis entfremdete Verfasser für ein, durch ein unglückliches Geschick ihm gleichsam abgedrungenes Werk ansprechen zu können glaubt; aber auch recht bald sein unbefangenes Urtheil über dasselbe kund geben, damit Wahrheit und Recht auch hier möglichst gefördert werde! In einem dritten Hefte die erfolgenden verschiedenen Urtheile zu sam-

meln, zu prüfen, und so Körner und Spreu, eigene wie fremde, von einander zu sichten, endlich dieser kritischen Untersuchung die über einzelne Puncte etwa noch nöthigen Nachträge anzureihen, möchte dann vielleicht die letzte schöne Aufgabe meines Lebens sein.

Schließlich muß ich noch errinnern, daß eine neuere in die Nichtigkeitslehre einschlagende Schrift: M. a Bardeleben Commentatio juridica de sententiarum nullitate. Confluent. MDXXXVIII mir erst nach dem größtentheils vollendeten Drucke meiner Abhandlung zugekommen ist, bei dieser also nicht mehr hat benutzet werden können.

Bronnzell bei Fulda im September 1838. Dr L. Herquet.

I.

Erörterung
der Lehre
von der
Nichtigkeitsklage
in
bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten,
besonders
gegen Erkenntnisse
der
Deutschen obersten Gerichtshöfe.

Einleitung.

Es war ein wichtiger Vorzug der ehemaligen Deutschen Reichsverfassung, daß der Deutsche Unterthan in allen Verhältnissen, in welche er mit seinem Landesherrn kommen konnte, besonders in den Reichsgerichten, einen Richter hatte, bei welchem er gegen willkührige Verletzung seiner wohlerworbenen Rechte, selbst gegen Misbrauch der Landeshoheit, gesetzmäßige Hilfe suchen und finden konnte [1]. Nicht mit Unrecht ward diese Befugniß als das Palladium der Deutschen Freiheit gepriesen. Nach der Auflösung des Deutschen Reiches durch Errichtung des Rheinischen Bundes, und nachdem die früher bestandene Landeshoheit der Deutschen Fürsten, zuerst durch die Bestimmungen der Rheinischen [2], dann der Deutschen Bundesacte [3], und Wiener Schlußacte [4] in eine Souverainität übergegangen ist, muß der Deutsche Staatsbürger jene Rechtshilfe so lange, als kein Bundesgericht [5] die Stelle der verschwundenen Reichsgerichte [6] einnehmen wird, bei den Landesgerichten, und in letzter Instanz bei den obersten Gerichtshöfen, oder Oberappellationsgerichten suchen. Sonst würden durch die Umwandlung der Landeshoheit in eine Souverainität die Deutschen Fürsten nur gewonnen, die Unterthanen aber nur verloren haben. Dies konnte aber unmöglich die Absicht der Ersten sein, nachdem die Letzten zur Wiedereroberung der Deutschen Freiheit, wodurch jene Umwandlung befestiget worden ist, Gut und Blut mitgeopfert hatten. Ein Hauptzweck des errichteten Deutschen Bundes [7] die Erhaltung der inneren Sicherheit, macht die einstweilige Vertretung der ehemaligen Reichsgerichte durch die Landesgerichte sogar nothwendig, weil ohne sie der Deutsche Unterthan gerade von der Seite, gegen welche er sonst keinen Schutz hätte, in seiner Rechtssphäre

und deren Sicherung am meisten bedroht wäre. Die obersten Gerichtshöfe, deren Aussprüche solche Rechtssachen, besonders Klagen der Unterthanen wider ihre Regierungen, endlich entscheiden, sind es vorzüglich, welche hierbei in Betracht kommen. So ist jeder Frage über den Umfang und die Gränzen der richterlichen Gewalt jener obersten Landesgerichte, und über die Gewährung einer Garantie, daß ihre Entscheidungen nicht blos formel rechtskräftig werden, sondern auch materiel rechtskräftig seien, eine bedeutende Wichtigkeit verliehen.

Als eine solche zeichnet sich die bisher unseres Wissens noch nicht einzeln und geflissentlich behandelte Frage aus: Ob und inwiefern gegen nichtige Erkenntnisse der Deutschen Oberappellationsgerichte in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten die Nichtigkeitsklage Statt finde. Zur befriedigenden Lösung derselben wird uns eine sorgsame Erforschung der Nichtigkeit, und der Nichtigkeitsklage gegen richterliche Erkenntnisse in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten überhaupt sowohl, als nach den einschlagenden Gesetzen den sichersten Weg bahnen. Dieser Erörterung seien diese Blätter gewidmet!

---

1) Pütter hist. Entwick. d. heut. Staatsverf. des Teutschen Reichs. Th. 3. S. 235. u. f.
2) Rh. B. A. Art. 4. 21. 25.
3) D. B. A. Art. 1 u. 2.
4) W. Schl. A. Art. I. II. u. VI.
5) Deutschland kann es nur beklagen, daß die von der Krone Preußen zu ihrem hohen Ruhme bei dem Wiener Congresse angetragene, von mehren Seiten unterstützte, obgleich von anderen bekämpfte Errichtung eines Deutschen Bundesgerichtes damals nicht beschlossen, und in das Leben gerufen worden ist. (Klüber Acten des Wiener Congresses B. 1 u. 2.). Möge die Prophezeiung eines Deutschen Staatsmannes, daß „das Bundesgericht, auch vorerst beseitiget, durch die Nothwendigkeit und die Zeit herbeigeführet werden würde" (v. Gagern mein Antheil an der Politik. III. 243.) zum Ruhme der Deutschen Fürsten und zum Besten ihrer Unterthanen bald in Erfüllung gehen! — Wir können hierbei einige sich uns aufdringende Bemerkungen nicht unterdrücken. Wenn man, wie wohl schon geschehen, behauptet, daß für den Verlust der Reichsgerichte die Deutschen Unterthanen durch die landständische Verfassung nach dem Art. 13 der Bundesacte einen Ersatz erhalten hätten; so ist dieser Vorwand leicht widerlegt. In den meisten Deutschen Ländern waren auch früher, während die Reichsgerichte noch bestanden, Landstände, oft mit bedeutender Wirksamkeit, vorhanden. Durch das Repräsentativsystem

ist wohl allgemeinen Beschwerden von Ständen, Corporationen, oder Classen von Staatsbürgern, aber nicht Klagen einzelner Unterthanen gegen ihre Regierungen über Rechtsverletzungen auf gleiche Weise der Weg zur Abhilfe gebahnet. Selbst da, wo die Verfassungsurkunde der Ständeversammlung das Recht der Intercession für einzelne Beschwerdeführer ertheilet, ist dieselbe, besonders, wenn die Beschwerde das Budjet mitberühret, meist zweifelhaft oder erfolglos. — Sonderbar und auffallend ist übrigens eine das Bundesgericht betreffende Erscheinung. Bald nach der Entstehung und während der Dauer des Rheinischen Bundes war die Frage von Errichtung eines Bundesgerichtes in mehren Abhandlungen, und zwar mit entschiedener Mehrheit für dieselbe, discutirt worden (v. Kampz Litteratur des Rheinbundes §. 15. im Rhein. Bunde von Winkopp Heft 20. S. 178) während der Bundestag, auf welchem dieselbe hätte beschlossen werden können, nie zu Stande gekommen ist. Seit dem Bestande des Deutschen Bundes aber ist dieser hochwichtige Gegenstand, obgleich in den Schöpfungstagen desselben nachdrücklich, aber erfolglos angeregt, weiterhin und nach wirklicher Eröffnung des Bundestages in keiner einzigen besondern Schrift geflissentlich behandelt, nur manchmal gelegenheitlich kurz oder als Wunsch (Klüber öffentl. Recht des teutschen Bundes §. 172. Note a u. 216. Pfeiffer pract. Ausführ. a. a. Theilen der Rechtsw. B. IV. in der Vorrede S. IX.) berühret worden. Gewiß ein merkwürdiger Contrast!

6) Man hat ehehin über den langsamen, weitschweifigen Rechtsgang der Reichsgerichte geklagt. Aber lag das nicht gewissermassen in dem Character des Deutschen Geschäftsganges? Und sind die Beispiele der langsamen, weitschweifigen Geschäftsbehandlung in unseren Tagen so selten geworden?? — Jenes Vorwurfs ungeachtet, welche Rechtshilfe haben die Reichsgerichte so vielen gekränkten Unterthanen (Pütter a. a. O. S. 237. v. Roth Staatsr. deutsch. Reichslande Th. 1. S. 78) geleistet? Nach der Säcularisation der Deutschen geistlichen Staaten in Folge des Reichsdeputationshauptschlusses von 1803 hat das Reichscammergericht in den letzten Jahren seiner Existenz so manchem unschuldigen Opfer derselben zu seinen gesetzlichen Sustentations- oder Alimentengeldern, um mit dem Gesetze selbst zu reden, verholfen, wie die zu jener Zeit erschienenen Sammlungen der reichscammergerichtlichen Decrete und Erkenntnisse, und Wahlkampfs reichscammergerichtliche Miscellen nachweisen.

7) D. B. A. Art. 2.

Erste Abtheilung.

Die Nichtigkeitsklage im Allgemeinen.

§. 1.

Nichtigkeit der Rechtshandlungen.

Wenn wir vor Allem den Begriff der Nichtigkeit festzusetzen suchen, so ist es wohl einleuchtend, daß, wenn einer Sache **wesentliche** Erfordernisse oder Bestandtheile fehlen, welche das Wesen derselben bilden, zum Bestande derselben nothwendig erforderlich sind, oder deren Dasein das Dasein der Sache selbst bedinget, wenn die Substanz der Sache auch nur in einem einzigen Puncte mangelhaft ist, die Sache in der Sprache des gemeinen Lebens **nicht vorhanden**, in der Rechtssprache **nichtig** sei. **Nichtigkeit** im rechtlichen Sinne ist also der durch wirklichen Mangel wesentlicher Bestandtheile oder Erfordernisse einer Sache erzeugte negative Zustand derselben. Jede Rechtshandlung im weitesten Begriffe — nur von solchen kann hier die Rede sein — ist eines solchen Mangels fähig, kann daher, wenn ein solcher Mangel ihr anklebt, einer Nichtigkeit bezüchtiget werden. Die wesentlichen Erfordernisse oder Bestandtheile einer Rechtshandlung mögen nun durch die Natur der Sache, den Begriff der Sache selbst, das Naturrecht — oder aber durch positive oder gesetzliche Bestimmungen als solche festgesetzt sein, sie mögen äußere oder innere Erfordernisse sein, die Materie oder die Form der Rechtshandlung betreffen, also auch blose Formalitäten, wenn sie als wesentlich oder nothwendig vom Gesetze erfordert werden, immer erzeugt der Mangel einer solchen eine Nichtigkeit, weil ihr rechtliches Dasein — der Gegensatz der Nichtigkeit — durch das Vorhandensein des mangelnden Erfordernisses nothwendig bedingt ist, durch den Mangel desselben nothwendig aufgehoben wird [1]).

Wir glauben, den hier aufgestellten allgemeinen Begriff der Nichtigkeit aus der Sache selbst geschöpft zu haben, und halten es für überflüssig, die verschiedenen, von den Rechtslehrern gegebenen Definitionen der Nullität einzeln anzuführen, und zu prüfen. Eben diese Verschiedenheit derselben scheint hauptsächlich daher zu rühren, daß man die Nullität meistens nicht für sich, als generellen Gattungsbegriff, sondern

in Bezug auf eine einzelne Art, z. B. die Nichtigkeit richterlicher Erkenntnisse, und im Verhältnisse zu processualischen Rechtsmitteln zu definiren bemühet war [2]).

---

1) So ist der Kaufvertrag ohne Bestimmung eines Kaufschillings — der Verkauf einer gemeinschaftlichen Sache ohne Einwilligung eines Miteigenthümers — das in einer Streitsache gefällte Erkenntniß eines öffentlichen Beamten ohne Gerichtsbarkeit nichtig, weil eben die angeführten mangelnden Erfordernisse wesentlich oder nothwendig das Dasein dieser einzelnen Rechtshandlungen bedingen. H. J. Klüpfel über einz. Theile des bürg. Rechts. VII. S. 101.

2) Die verschiedenen Ansichten der Rechtsgelehrten, und zwar in dem eben berührten Bezuge ausgesprochen, hat v. Röder in den Beiträgen zu der Lehre von den Nichtigkeiten im Civilprocesse S. 66 u. f. einzeln angeführet. Eben da S. 19 u. f. findet sich auch die Litteratur dieses Faches aufgezählet, auf welche wir uns, ohne sie hieher zu wiederhohlen, beziehen, und der wir nur noch zwei neuere Abhandlungen: F. C. Gesterding vom ungültigen Urtheil, in der Ausbeute von Nachforschungen über verschiedene Rechtsmaterien Th. 3. Greifswalde. 1830. S. 123, und A. W. S. Franke Beitrag zur Lehre von der Nichtigkeitsbeschwerde im Archive für die civilistische Praxis B. 19. H. 3. S. 385 beifügen.

§. 2.

Heilbarkeit nichtiger Rechtshandlungen.

So wie der Mangel einer Sache, so kann auch der Mangel eines wesentlichen Erfordernisses einer Rechtshandlung gehoben, die Nichtigkeit derselben, oder wenn man lieber will, die nichtige Rechtshandlung selbst geheilet werden. Den Ausdruck: "Heilung einer nichtigen Rechtshandlung," hat man aus dem gemeinen Leben in die Rechtssprache übergetragen. Die Heilung einer nichtigen Rechtshandlung kann nur auf zweifachem Wege bewirkt werden. Entweder durch das Hinzuthun des mangelnden wesentlichen Erfordernisses, in soferne dieses noch möglich ist, oder durch das Gefallenlassen des Betheiligten. Im ersten Falle verschwindet ganz natürlich mit dem Mangel des wesentlichen Erfordernisses die eben dadurch erzeugte Nichtigkeit von selbst, und die vorher nichtige Rechtshandlung ist nunmehr rechtsbeständig oder geheilet worden. Im andern Falle wird das mangelnde Erforderniß von dem Betheiligten als vorhanden angesehen, oder die Rechtshandlung von ihm, den Mangel des wesentlichen Erkenntnisses unbeachtend, als rechtsgiltig anerkannt,

und so per assensum und per fictionem juris die nichtige Rechtshandlung geheilet. Insoferne also, als bei jeder Nichtigkeit das Hinzukommen oder Gefallenlassen des mangelnden wesentlichen Erfordernisses denkbar ist, ist jede Nichtigkeit heilbar, und keine unheilbar, und nur, in so ferne jenes Hinzukommen oder Gefallenlassen nicht mehr möglich ist, eine gegebene Nichtigkeit, also in hypothesi, unheilbar. Daß übrigens eine nichtige Rechtshandlung durch die gerichtliche Verfolgung derselben, von welcher wir zunächst reden, nicht geheilet werden könne, fällt in die Augen, indem durch diese die Nichtigkeit erkannt, die Rechtshandlung selbst vernichtet werden soll.

§. 3.

Verfolgung der Nichtigkeit einer Rechtshandlung.

Die Nichtigkeit einer Rechtshandlung kann, im Gegensatze ihrer Heilung (§. 2.), von dem Betheiligten dadurch angefochten werden, daß der Mangel des wesentlichen Erfordernisses derselben gerichtlich oder in einem Rechtsverfahren gerügt, und auf das Erkenntniß der Nichtigkeit angetragen wird. Dieses geschieht entweder vom Kläger, dessen Rechte durch die nichtige Rechtshandlung verletzt worden, und der sie daher als nichtig anfechtet, auf Erkenntniß des Nichtdaseins derselben anträgt; oder vom Beklagten, welcher die Rechtshandlung, auf welche die Klage des Klägers gegründet wird, als nichtig darstellt, und sich durch das Nichtdasein des Klaggrundes gegen die Klage vertheidiget. Die Nichtigkeit einer Rechtshandlung kann daher als Klage, per modum actionis, oder als Einrede, per modum exceptionis, verfolgt werden [1]), und wir haben zur Verfolgung der Nichtigkeit einer Rechtshandlung eine Nichtigkeitsklage (actio nullitatis) und eine Nichtigkeitseinrede (exceptio nullitatis).

In der Deutschen Staats- und Gerichtsverfassung selbst, welche jede Rechtsverletzung im Wege Rechtens zu verfolgen, die Befugniß giebt, namentlich in der Bundesverfassung, welche die innere Sicherheit im Bunde, also auch die Sicherheit der Rechte der einzelnen Staatsbürger verbürgt [2]), müssen wir die Urquelle der genannten Rechtsverfolgungs- und Vertheidigungsmittel suchen. Da, wo eine an sich nichtige Rechtshandlung die Rechte eines Betheiligten verletzt,

oder zu verletzen drohet, da ist ihm auch eben durch jene das Recht verliehen, die Rechtshandlung als nichtig anzufechten, seis im Wege der Klage, um seine durch die nichtige Rechtshandlung gefährdete Rechte zu wahren, oder im Wege der Einrede, um sich gegen Ansprüche, auf eine nichtige Rechtshandlung gebaut, zu vertheidigen. Die Rechtsverletzung, welche durch eine nichtige Rechtshandlung bewirkt wird, hat nach unserer Staats- und Gerichtsverfassung die Nichtigkeitsklage oder Einrede nothwendig zur rechtlichen Folge, ohne daß es eines dieselbe ausdrücklich verleihenden allgemeinen positiven Gesetzes bedürfte, obgleich, wie wir in der Folge (§. 14 u. f.) noch sehen werden, für einzelne Nichtigkeitsfälle besondere Gesetze ausdrücklich gegeben sind.

Untersuchen wir die Natur der Nichtigkeitsklage und Einrede selbst; so finden wir, daß jene Klage eine aus dem gegenseitigen Verhältnisse der bei der fraglichen Rechtshandlung betheiligten Personen entspringende, also persönliche und als solche der gewöhnlichen extinctiven Verjährung durch den Ablauf von 30 Jahren [3]) unterworfene Klage, die Einrede hingegen, durch die wirkliche Anstellung einer, die Rechtshandlung als rechtsbeständig voraussetzenden Klage bedingt, also unverjährbar, wie Einreden überhaupt, ist.

---

1) Dieses geschieht auch dann, wenn der Einrede des Beklagten, welche auf eine nichtige Rechtshandlung gebaut wird, vom Kläger die Nichtigkeit derselben, und so in der Replik die Einrede der Nichtigkeit der Einrede in der Exceptionalhandlung entgegengesetzt wird.

2) B. A. Art. 2.

3) Diese Bestimmung der Dauer der persönlichen Klagen ist positiv, und mußte aus dem positiven Rechte als allgemeiner Grundsatz hieher entlehnet werden, ohne die Nichtigkeitsklage selbst, noch zur Zeit, unter den Gesichtspunct desselben weiter zu stellen. An und für sich, oder rechtsphilosophisch die Sache genommen, bleiben Nichtigkeiten einer Rechtshandlung immer Nichtigkeiten, ohne daß sie mit einem gewissen Zeitverlaufe dieses zu sein aufhören, ohne daß die nichtige Rechtshandlung mit einem solchen rechtsbeständig werden kann. Das positive Recht, um bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten ein Ziel oder eine Gränze zu setzen, hat legislatorisch ihre Verfolgung auf eine gewisse Zeit beschränkt, wie dieses bei allen Klagen derselben und anderer Art allgemein geschehen.

§. 4.

Verschiedene Arten der Rechtshandlungen. Richtigkeit der Rechtsgeschäfte, Heilung und Verfolgung derselben.

Die Rechtshandlung im weitesten Sinne, welche an einer Nichtigkeit leiden kann (§. 1), ist entweder ein Rechtsgeschäft, oder ein Rechtserkenntniß.

Unter der Bezeichnung Rechtsgeschäft begreifen wir alle nicht strittige, sowohl auffergerichtliche als gerichtliche Rechtshandlungen, sie mögen einseitige, mehrseitige, oder gegenseitige, Rechte und Verbindlichkeiten erzeugende Handlungen sein. Bei einem Testamente, gerichtlich oder außergerichtlich, öffentlich oder privat, bei einem Kauf- oder Pachtvertrage, bei einem gerichtlichen oder anderen Ehevertrage, bei einem gerichtlichen Vergleiche sogar, insofern dabei keine richterliche Entscheidung mitunterläuft, findet als einem solchen Rechtsgeschäfte eine Nichtigkeit Statt, insofern dasselbe mit dem Mangel eines wesentlichen Erfordernisses behaftet ist (§. 1.).

Die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts ist, als eine Art der Nichtigkeit, heilbar entweder durch das Hinzuthun des mangelnden wesentlichen Erfordernisses, insofern ein solches noch möglich ist, oder durch das Gefalleulassen, den Assens des Betheiligten, welcher dadurch das nichtige Rechtsgeschäft als rechtsgiltig anerkennt (§. 2.).

Die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts kann aber auch, wie jede Nichtigkeit überhaupt, gerichtlich verfolgt werden, und zwar sowohl als Klage, wie als Einrede. Die gegen ein solches Statt findende Klage ist eine persönliche, erst mit dem Ablaufe von 30 Jahren verjährbare Klage, die Einrede hingegen unverjährbar, da Alles, was dem Gattungsbegriffe zukömmt, nothwendig auch der einzelnen Art zukommen muß (§. 3.).

Fragen wir weiter, wem und gegen wen diese Klage competire, worauf dieselbe gerichtet, und bei welchem Gerichte dieselbe anzustellen sei; so ergiebt sich die Antwort aus dem eben Gesagten als Folge von selbst. Sie steht dem Kläger zu, welcher durch das nichtige Rechtsgeschäft eine Rechtsverletzung erlitten, gegen den Beklagten, welcher die Rechtsgiltigkeit desselben behauptet, und ist vorzüglich auf dessen Vernichtung oder Nichtigkeitserklärung, und folgeweise auf deren Ergeb-

nisse gerichtet [1]). Als persönliche Klage wird sie in der Regel bei dem ordentlichen Richter des Beklagten angestellt. Ausnahmsweise kann sie, wenn ein Vertrag oder Testament als nichtig angefochten wird, in foro contractus, vel haereditatis jacentis angestellt werden. Alles dieß folgt aus der Natur der Sache und dieser Klage als einer persönlichen.

Die Nichtigkeitsklage gegen die fraglichen Rechtsgeschäfte, welche wir nur als Gegensatz der Nichtigkeitsklage gegen Rechtserkenntnisse hier näher entwickelt haben, ist übrigens dem Zwecke dieser Abhandlung fremd, und wird also nicht weiter in besonderen Betracht kommen.

---

1) J. L. Schmidt Lehrb. v. ger. Klagen und Einreden §. 1149 u. f. E. G. Schmidt Comment. zum Lehrbuch ebendas.

§. 5.

Nichtigkeit der Rechtserkenntnisse.

Unter den Begriff der Rechtserkenntnisse, welche eben so wie Rechtsgeschäfte einer Nichtigkeit fähig sind (§. 4.), reihen sich alle in streitigen Rechtssachen, vorzüglich in bürgerlichen Rechtsstrittigkeiten (indem wir peinliche Rechtssachen hier übergehen) gefällte richterliche Erkenntnisse. Diese mögen von einem niederen, oder höheren, von einem ordentlichen oder nicht ordentlichen Richter, von einem einzelnen Richter, oder einem aus Mehren besetzten Gerichte gefällt sein, das ist gleichviel. Alle richterliche Erkenntnisse ohne Ausnahme, judicielle oder extrajudicielle, Bescheide oder Decrete [1]) können möglicherweise an dem Mangel eines wesentlichen Erfordernisses leiden, und sind eben dadurch einer Nichtigkeit fähig. Jeder Richter kann, als Mensch, auch in seinem Amte fehlen, den Mangel eines wesentlichen Erfordernisses in seinem Erkenntnisse übersehen, oder veranlassen, es mag dieß nun aus Irrthum, Versehen, oder Befangenheit, aus Nachlässigkeit oder Eigensinn, aus Schuld oder Absicht, zufällig oder geflissentlich geschehen. Der wirkliche Mangel eines wesentlichen Erfordernisses in einem Erkenntnisse erzeugt die Nichtigkeit desselben, ohne daß es im Geringsten darauf ankommen kann, wie derselbe entstanden und von wem derselbe verschuldet worden [2]). Der Geist unserer Gerichtsverfassung und Ordnung will die Verbesserung aller in der Rechtssprechung möglichen Fehler, und hat zu diesem Zwecke die Rechtsmittel und den Instanzenzug angeordnet. Unmöglich kann

er die gröbsten Fehler, die Vernachläsigung wesentlicher Bestandtheile und Erfordernisse derselben, Nichtigkeiten der Erkenntnisse, ausschließen und sanctioniren [3]).

---

1) So würde ein auf die erhobene Appellation erlassenes abschlägiges, aber an einem wesentlichen Erfordernisse Mangel leidendes Decret mit einer Nichtigkeit behaftet sein.

2) Gesterding a. a. O. nennt die nichtigen Rechtserkenntnisse ungültige. Ahorner v. Ahornrain Bemerkungen über die Nichtigkeitsbeschwerde im Civilprocesse S. 9. hält nichtig und ungültig für gleichbedeutend. Beispiele nichtiger Aussprüche giebt Claus in den Forschungen, Erfahrungen und Rechtsfällen für Philosophie des Rechts und der Rechtspflege. Frankf. 1837. S. 3.

3) Für jeden Richter streitet wohl die Vermuthung, daß er solche Fehler, wirkliche Nichtigkeiten, nicht verschulden werde. Damit ist aber die Möglichkeit derselben nicht ausgeschlossen. Für den Richter streitet eben so die Vermuthung, daß er keine Parthei durch ein rechtswidriges Erkenntniß beschweren werde, und doch ist für den möglichen Fall die Berufung gegen dasselbe gestattet. Auffallend war daher eine Bestimmung der Kurbadenschen Obergerichtsordnung von 1804. § 175, nach welcher gegen die Urtheile der Hofgerichte die Nichtigkeitsklage nicht Statt finden sollte, indem der Gesetzgeber „denselben zutraue, sie werden niemal dergleichen grobes Versehen sich zu Schulden kommen lassen."

§. 6.

Nichtigkeit der Rechtserkenntnisse verschieden von Rechtswidrigkeit derselben.

Von der Nichtigkeit der Rechtserkenntnisse ist die Rechtswidrigkeit derselben sehr verschieden.

Wenn das Erkenntniß nichtig ist, welches an einem wesentlichen Erfordernisse Mangel leidet; so ist dagegen dasjenige rechtswidrig, welches, ohne einen solchen Mangel, eine Rechtsstrittigkeit, statt sie dem Rechte gemäß zu schlichten, demselben zuwider entscheidet. Die Nichtigkeit und Rechtswidrigkeit der Rechtserkenntnisse ist daher, obgleich das nichtige und rechtswidrige Erkenntniß auf gleiche Weise mit der Entscheidung einer streitigen Rechtssache sich beschäftigen, dadurch von einander unterschieden, daß jenes an dem Mangel eines wesentlichen Erfordernisses leidet, welcher sein Dasein aufhebt, dieses aber, ohne einen solchen, dem Rechte nicht gemäß ist, oder widerstrebt.

So ist das Rechtserkenntniß, welches auf das Verfahren mit zur Sache unbevollmächtigten Partheien, oder von einem Nichtrichter erfolgt ist, nichtig; dasjenige hingegen, welches eine Geldschuld ohne die miteingeklagten Zinsen, eine Sache als Eigenthum ohne die miteingeklagten genossenen Früchte zuerkennt, rechtswidrig.

Damit haben wir hoffentlich den Beweis geliefert, daß der Unterschied zwischen Rechtswidrigkeit und Nichtigkeit der Rechtserkenntnisse schon in der Natur der Sache gegründet, dem Bereiche der Rechtsphilosophie keineswegs fremd sei [1]).

---

1) was Gönner im Handb. d. Proc. B. 3 S. 410 läugnet, und sogar S. 449 vernunftwidrig erklärt. Ahorner a. a. O. S. 9. u. 10. glaubt, daß durch die Philosophie des Rechts der ganze Unterschied zwischen beschwerenden und nichtigen Erkenntnissen, zwischen Appellation und Nichtigkeitsbeschwerde aufgehoben sei, und aus dem Begriffe der Nichtigkeit der Begriff der in unsern Gerichten bestehenden Nichtigkeitsbeschwerde nicht hergestellt werden könne. M. v. von Almendingen Metaphysik d. Civ. Proc. S. 257.

§. 7.

Heilung und Verfolgung nichtiger Rechtserkenntnisse.

Heilbar sind Nichtigkeiten der Rechtserkenntnisse eben so, wie Nichtigkeiten überhaupt (§. 2.), nur durch das Hinzuthun des mangelnden wesentlichen Erfordernisses, oder durch den Assens der Parthei, gegen welche das Rechtserkenntniß gefällt worden ist. Insofern sind alle Nichtigkeiten der Rechtserkenntnisse, wenn das Eine oder das Andere nur noch möglich ist, heilbar und keine unheilbar, weil von dieser Art Nichtigkeiten, und in dieser Hinsicht nothwendig das gelten muß, was von der Nichtigkeit der Rechtshandlungen, als Gattungsbegriff, nachgewiesen worden ist (§. 2.) Nur wird die erste Heilart, das Hinzuthun des mangelnden wesentlichen Erfordernisses, in sehr wenigen Fällen [1]) Statt finden können, weil in den meisten mit dem gefällten Erkenntnisse selbst diese Möglichkeit, wie sich von selbst ergiebt [2]), aufhöret [3]).

Diesem nach können wir hier, wo wir noch auf dem Boden der Rechtsphilosophie uns befinden, und von den in die Nichtigkeitslehre einschlagenden Gesetzen und Meinungen der Rechtsgelehrten abstrahiren, einen anderen Unterschied zwischen heilbaren und unheilbaren

Nichtigkeiten, ein anderes Heilmittel derselben, als die genannten, nicht finden.

Die Nichtigkeit eines Rechtserkenntnisses kann, als eine Art der Nichtigkeit einer Rechtshandlung, und eben so, wie die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäftes (§. 3 u. 4.), sowohl im Wege der Klage als jenem der Einrede verfolgt werden, und wir haben daher eine actio nullitatis sententiae, und eine exceptio nullitatis Sententiae. Es folgt dieses aus dem Lehrsatze, daß der Art nothwendig, was der Gattung, zukommen müsse, und von dieser haben wir Jenes bereits nachgewiesen (§. 3.).

---

1) So kann das auf eine Verhandlung mit einer zur Sache unbevollmächtigten Parthei erfolgte, also nichtige Erkenntniß durch die Nachbringung der Vollmacht vor der gerichtlichen Verfolgung geheilet werden.

2) Der Rechtsspruch eines Nichtrichters kann durch den späteren Erwerb der Gerichtsbarkeit keineswegs — das auf eine falsche Thatsache oder Voraussetzung gebaute, das dem Gesetze gerade widersprechende Erkenntniß kann auf keine Weise, als durch Assens geheilet werden.

3) Darauf, daß nicht jede Nichtigkeit von jedem Betheiligten auf eine oder die andere Art geheilet oder verfolgt werden könne, gründet sich ein in unsere Behandlung nicht eingreifender Unterschied zwischen relativer oder bedingter, und absoluter oder unbedingter Nichtigkeit. v. Röder a. a. O. S. 35. Brandis über absolute und relative Nichtigkeit. In Linde, Marezoll, und v. Schröter Zeitschr. für Civilr. u. Proc. B. 7. H. 1. S. 121.

§. 8.

Nichtigkeitseinrede gegen die auf ein nichtiges Rechtserkenntniß gegründete Klage.

Wenn die Einrede der Nichtigkeit — um vorerst von dieser, unserm Vorhaben nicht so nahe verwandten Verfolgungsart der Nichtigkeit eines Rechtserkenntnisses das Nöthige zu bemerken — jeder Klage, welche auf ein nichtiges Erkenntniß gebaut ist, ausgeführtermaßen (§. 7.) mit rechtlicher Wirkung entgegen gesetzt werden kann; so wird es ganz gleichgiltig sein, ob derselbe Richter, welcher das nichtige Erkenntniß gefällt hat, auch über die Einrede der Nichtigkeit zu erkennen haben, oder ob dieses von einem anderen Richter geschehen wird, und eben so, ob das Erkenntniß, was als nichtig durch die Einrede angefochten wird, von einem höheren Richter, oder einem anderen niederen Richter ertheilet worden ist. Könnte nur ein anderer und zwar höherer Richter darüber erkennen; so würde die eben befragte Verfolgungsart der

Nichtigkeit eines Erkenntnisses ganz unmöglich werden, der Beklagte würde genöthiget werden, die Nichtigkeit des Erkenntnisses vorerst in einem besonderen Rechtsverfahren durch eigene Anstellung einer Nichtigkeitsklage auszuführen, und dadurch des facultativen Schutzmittels der Verfolgung der Nichtigkeit durch Einrede offenbar beraubt werden. Damit würde der Grundsatz selbst, daß jede Nichtigkeit sowohl durch Klage als Einrede verfolgt werden könne (§. 3.) über den Haufen geworfen werden.

Daß der Einrede der Nichtigkeit eines Rechtserkenntnisses die Rechtskraft desselben in der Replik nicht mit Wirkung entgegen gesetzt werden könne, leuchtet von selbst ein, weil, was nichtig ist, seinem Begriffe nach nicht rechtskräftig sein kann. Die Rechtskraft gehört der Lehre von processualischen Rechtsmitteln an, wie wir sogleich (§. 9.) näher sehen werden, und kann in das abgesonderte Feld der Nichtigkeiten nicht herüber gezogen, diese mit jener nicht bekämpft werden.

Der Behauptung, daß der Richter die Einrede der Nichtigkeit von Amtswegen suppliren könne oder müsse, weil er zur Vermeidung von Nichtigkeiten verbunden sei [1]), scheint es an der gehörigen Begründung zu fehlen. Vorerst kann der Richter nach dem Verhandlungsprincip, ohne daß es der Beklagte verlangt, keine Einrede suppliren [2]), und eine Nichtigkeit, welche der Beklagte als Einrede nicht verfolgt, muß angesehen werden, als sei sie durch stillschweigenden Assens geheilet (§. 7.). Dann ist es allerdings das Amt des Richters, in der Verhandlung darauf, soviel von ihm abhängt, zu sehen, daß keine Nullitäten begangen werden z. B. beim Legitimationspuncte, aber schon wirklich begangene, vorhandene Nichtigkeiten dadurch von Amtswegen zu verfolgen, daß er die Einrede der Nichtigkeit, vom Betheiligten nicht opponiret, selbst suppliret, ist gewiß wider das Amt des Richters, welcher nur Nichtigkeiten zu vermeiden, aber nicht zu verfolgen, verbunden sein kann.

---

1) v. Röder a. a. O. S. 175.

2) Puchta über die Grenzen des Richteramts in bürgerl. Rechtss. S. 11. 30. u. 107. In diesen Stellen spricht jener Rechtsgelehrte gewiß mehr für die eben ausgeführte Meinung, als in den von Röder S. 176 Note 225 angeführten Stellen für die gegentheilige Ansicht.

§. 9.

Nichtigkeitsklage gegen Rechtserkenntnisse. Verschiedenheit von processualischen Rechtsmitteln.

So unbestritten es ist, daß die Nichtigkeitsklage gegen Rechtsgeschäfte eine blos persönliche, der gewöhnlichen extinctiven Verjährung unterworfene Klage [1]) sei (§. 4.), so wenig kann es nun noch bestritten werden, daß die Nichtigkeitsklage gegen Rechtserkenntnisse eine gleiche, blos persönliche, mit 30 Jahren verjährbare Klage [2]) sei. Es ergiebt sich dieses nothwendig aus dem, was früher nachgewiesen worden (§. 3 u. 7.), daß diese Klage, als eine solche, welche eine Art von Nichtigkeit im Klagwege verfolgt, eine blose actio nullitatis personalis sei, und als solche nur mit dem Ablaufe von 30 Jahren verjährt [3]) werde. Diese unbestreitbare wesentliche Eigenschaft der Nichtigkeitsklage gegen Rechtserkenntnisse, auch nur im Allgemeinen betrachtet, ist von der wichtigsten Folge, besonders in Ansehung des sogleich zu bemerkenden Unterschieds.

So wie die Nichtigkeit eines Rechtserkenntnisses von der Rechtswidrigkeit eines solchen (§. 6.), eben so unterscheidet sich die Nichtigkeitsklage gegen Rechtserkenntnisse von den processualischen Rechtsmitteln gegen dieselbe.

Rechtswidrige Erkenntnisse werden mit processualischen Rechtsmitteln (Appellation, Revision, Leuteration) verfolgt. Der Zweck derselben ist Verbesserung, Abänderung eines beschwerenden, oder rechtswidrigen in ein rechtsgemäßes Erkenntniß. Da ist in Folge der Natur derselben von suspensiver und devolutiver Wirkungskraft des Rechtsmittels, von der Nothfrist, binnen welcher dasselbe gebraucht werden kann, und von der Rechtskraft des Erkenntnisses, wenn dieses nicht geschieht, oder nicht mehr geschehen kann, die Rede.

Richtige Erkenntnisse werden dagegen mit der Nichtigkeitsklage verfolgt. Der Zweck derselben, wie wir noch näher sehen werden (§. 12.), ist Cassation, oder Aufhebung des nichtigen, und Ertheilung eines rechtsbeständigen Erkenntnisses. Nach der Natur dieser Klage kann bei ihr von dem Gebrauche derselben binnen 30 Jahren, dahingegen nicht von suspensiver oder devolutiver Wirkung, nicht von einer Nothfrist, also auch nicht von Rechtskraft die Rede sein. Mit

dem Ablaufe von 30 Jahren wird die Nichtigkeitsklage gegen ein nichtiges Erkenntniß verjähret, dieses aber nicht rechtskräftig im processualischen Sinne, sondern rechtsbeständig. In Bezug auf ein Rechtsmittel kann dasselbe schon lange vorher rechtskräftig gewesen sein, und in Bezug auf die Nichtigkeitsklage wird dasselbe erst mit jenem Zeitablaufe eben so rechtsbeständig, als wenn es durch Assens geheilet worden wäre (§. 7.). Wenn diese bedeutende Verschiedenheit noch dem mindesten Zweifel ausgesetzt sein könnte; so würde derselbe durch den wichtigen Umstand vollkommen beseitiget, daß wohl die Nichtigkeit eines Erkenntnisses ausgeführtermaßen (§. 7.) als Einrede gegen die Klage, welche auf einen nichtigen, sonst rechtskräftigen Bescheid gebaut ist; dahingegen niemals die Rechtswidrigkeit eines Erkenntnisses auf gleiche Weise als Einrede gegen eine auf ein rechtskräftiges Erkenntniß gebaute Klage benutzt werden kann. Es ergiebt sich aus dem Allem augenfällig, daß der Bereich der Nichtigkeitsklage und jener der processualischen Rechtsmittel ganz von einander geschieden seien, und daß die Erste eine blose Personalklage, ein Klagemittel, und als solches ein Rechtsmittel im weitesten Sinne, aber kein processualiches Rechtsmittel sei [4]), folglich von Rechtskraft, von devolutiver oder suspensiver Wirkungskraft bei ihr die Rede gar nicht sein könne.

Wenn wir übrigens finden, daß in den meisten Proceßlehr- und Handbüchern die Nichtigkeitsklage gegen Rechtssprüche in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten den processualischen Rechtsmitteln, wenigstens als außerordentliches Rechtsmittel beigezählt wird [5]), daß in diesen, so wie in Gerichten, wie wir noch sehen werden, bei der Nullitätsquerel eben so, wie bei der Appellation, von devolutiver Wirkungskraft oder einem devolutiven Rechtsmittel, und wohl gar von Nullitätsprocessen, wie von Appellationsprocessen, die Rede ist; so ist das zwar darum, weil Beide gegen gerichtliche Erkenntnisse und deren Bestand gerichtet sind, und bei dem Dunkeln und Bestrittenen, worin die Lehre von der Nichtigkeitsklage oder Beschwerde seit lange und noch immer befangen ist [6]), einigermaßen erklärlich, aber der Natur der Sache durchaus zuwider und unangemessen.

---

1) Schmidt a. a. O.

2) Schmidt a. a. O. Würde wohl die Nichtigkeitsklage gegen nichtige Rechtserkenntnisse — gleich jener gegen nichtige Rechtsgeschäfte — in einem Systeme

gerichtlicher Klagen und Einreden aufgeführt werden können, wenn sie keine wirkliche Klage, sondern ein Rechtsmittel, gleich der Appellation, wäre??

3) Sonderbar, daß die Verjährbarkeit der Nichtigkeitsklage mit dem Ablaufe von 30 Jahren allgemein — dahingegen ihre Eigenschaft einer persönlichen Klage viel weniger anerkannt ist!! Morstadt in Gensler's Commentar zu Martins Civilproceßlehrbuch B. 2. S. 168 hat dieselbe mit wenigen Worten als actio nullitatis treffend characterisirt, wogegen v. Almendingen a. O. S. 309 behauptet, daß es keine actio oder condictio nullitatis gäbe. Daß die Nichtigkeitsklage kein Rechtsmittel, sondern eine Personalklage sei, hat auch v. Röder a. a. O. S. 15 zu beweisen gesucht.

4) v. Almendingen a. a. O. S. 317 u. 319. A. W. Heffter Instit. d. röm. u. deutsch. Civil-Processes. S. 506. Gesterding a. a. O. S. 159. Die beiden letzten Rechtslehrer halten Rechtsmittel gegen nichtige Urtheile für unmöglich und undenkbar, was Franke a. a. O S. 405 zu bestreiten sucht. Die Nichtigkeitsklage ist wohl ein Rechtsmittel im weitesten Sinne, in welchem auch jede Klage und jede Einrede ein solches ist. K. F. Reinhardt Handb. d. gem. deutsch. ord. Proc. Th. 2. S. 230. §. 330. Sie ist aber eben dadurch, daß sie eine persönliche, mit dem Ablaufe von 30 Jahren verjährte Klage ist, deren Stoff auch als Einrede benutzt werden kann, kein processualisches Rechtsmittel, wie die Appellation, kein Rechtsmittel im engeren Sinne des Worts. Reinhardt a. a. O. § 331.

5) So führet z. B. Reinhardt a. a. O. S. 323 die Nichtigkeitsklage als ordentliches Rechtsmittel vor der Appellation auf, wogegen C. J. A. Mittermaier d. gem. deutsch. bürgerl. Proc. Beitr. 1. S. 87 die Nichtigkeitsbeschwerde für ein außerordentliches Rechtsmittel ansieht. Es soll aber mit obiger Bemerkung keineswegs gesagt sein, daß der Nichtigkeitsklage in der Proceßlehre gar keine Erwähnung geschehen dürfe. Sie müßte nur, ungefähr wie die Syndicatsklage, eine abgesonderte Behandlung erhalten.

6) Reinhardt a. a. O. S. 232. Mittermaier a. a. O. S. 87.

§. 10.

Nähere Betrachtung dieser Nichtigkeitsklage. Kläger und Beklagter.

Wenn die Nichtigkeitsklage gegen Rechtserkenntnisse kein processualisches Rechtsmittel, sondern nur eine persönliche Klage ist (§. 9.); so muß bei näherer Betrachtung derselben, und wie bei jeder Klage gefragt werden, von wem als Kläger, gegen wen als Beklagten, und bei welchem Gerichte dieselbe angestellt werde.

Diese Nichtigkeitsklage setzt ein unter zwei Partheien schon vorausgegangenes Verfahren, und ein darauf vom Richter gefälltes Erkenntniß voraus, welches eben als nichtig angefochten wird. Sie wird

daher unter denselben Partheien, und zwar von demjenigen Streittheile, gegen welchen das Erkenntniß erfolgt ist, und welcher dieses nun als nichtig verfolgt, als Kläger — gegen den anderen Streittheil, welchem das Erkenntniß den Sieg verliehen, und welcher dasselbe als rechtsbeständig verfechtet, als Beklagten angestellt [1]).

Diese beiden Fragen beantworten sich leicht und von selbst. Schwieriger scheint die dritte Frage, bei welchem Gerichte die Nichtigkeitsklage angestellt werde.

---

1) Schmidt a. a. O. §. 1151 u. 1152.

§. 11.
Gericht.

Die Nichtigkeitsklage betrifft denselben Streitgegenstand unter denselben Partheien (§. 10.), nur unter einen anderen Gesichtspunct gestellt, indem sie das auf die frühere Verhandlung bereits erfolgte Erkenntniß einer Nichtigkeit beschuldiget. Sie ist kein processualisches Rechtsmittel mit devolutiver Wirkungskraft, sondern eine blose Personalklage (§. 9.) gegen den Streittheil, den das angefochtene Erkenntniß als Sieger erklärt hat (§. 10.) Sie bewirkt eine Wiederaufnahme, gewissermaßen eine Fortsetzung des früheren Verfahren, und zwar, wie wir noch näher sehen werden (§. 12.), zum Zwecke der Vernichtung des früheren, und Ertheilung desjenigen Erkenntnisses, was früher, statt des nichtigen, hätte gefällt werden müssen. Sie kann daher nach der Natur der Sache nur bei demselben Gerichte, welches das nichtige Erkenntniß gefällt hat, ein ganz anderes hätte fällen müssen, und dieses nun noch zu fällen aufgefordert wird, angestellt werden.

Der gegen diese Folgerung von dem bekannten Grundsatze, oder vielmehr der Rechtsregel: Judex semel gravans, semper gravare praesumitur, hergenommene Einwand, daß derselbe Richter über die Nichtigkeit füglich nicht erkennen könne, ist unerheblich. Einmal ist hier von Beschwerde und Appelation keine Rede, und dann beweiset jene Rechtsregel zuviel. Nach ihr würde in einem Processe, wo Präjudicial- oder Incidentpunkte beschwerend entschieden werden, niemals die Sache nach geschehener Abänderung an denselben Richter zurückkehren dürfen, wodurch die Partheien in ihrem Instanzenrechte verletzt werden würden. Die Behauptung, daß bei jedem nichtigen Erkenntnisse böser Wille,

oder Unwissenheit des Richters vorausgesetzt werden müsse, und von keinem Richter zu erwarten sei, daß er bei dem weiteren Erkenntnisse über die nachgewiesene Nichtigkeit jenen oder diese freimüthig bekennen werde, folglich derselbe in dem Verfahren über die Nichtigkeitsklage zur richterlichen Function natürlich unfähig sei, ist theils ungegründet, theils unanwendbar. Es können bei der Fällung eines nichtigen Erkenntnisses eben so wohl fehlerhafte Reflexion, Uebereilung, vorgefaßte Meinung oder Befangenheit, ungünstige Verhältnisse, oder sonstiges Versehen gewirkt haben, welche wohl eher als böser Wille oder Unwissenheit zu vermuthen sind [1]), und es muß wohl von jedem öffentlichen, besonders richterlichen Beamten vorausgesetzt werden, daß er einen ihm nachgewiesenen Fehler willig zu bekennen, und gut zu machen, fähig sei [2]). Eine Garantie dafür, daß dessen ungeachtet über die Nichtigkeitsfrage unbefangen, oder wenigstens unschädlich werde geurtheilet werden, liegt bei dem einzelnen, also niederen Richter in der Möglichkeit der Berufung von einem ungerechten Ausspruche an den höheren Richter, und bei dem höheren gehörig besetzten Gerichte, in der Mehrzahl der richtenden Personen, und der Gerichtsordnung selbst.

Daß aber derselbe Richter, welcher über eine Nichtigkeitsklage urtheilen soll, in der Sache selbst competenter Richter sein müsse, ist eine sich von selbst verstehende Erforderniß, weil sonst die Nichtigkeitsklage bei demselben Richter eine neue Nichtigkeit zur Folge haben würde. Hatte er, als er das nichtige Erkenntniß fällte, überhaupt oder für den besonderen Fall keine Gerichtsbarkeit, war er also auch nicht zuständiger Richter in der Sache; so kann er auch jetzt, als unzuständiger Richter in der Sache überhaupt, über die Nichtigkeitsklage nicht erkennen, bei ihm dieselbe also auch gar nicht angebracht werden. Zuständigkeit des Richters ist also eine nothwendige Bedingung der Anstellung der Nichtigkeitsklage bei demselben Richter, welcher das nichtige Erkenntniß gefällt hat [3]). Es fragt sich aber nun weiter, bei welchem Richter gegen ein Erkenntniß, welches ein nichtzuständiger Richter gefällt hat, die Nichtigkeitsklage anzustellen sei. Offenbar nicht bei dem höheren Gerichte desselben; denn, wenn er gar keine Gerichtsbarkeit hatte; so ist auch kein höheres Gericht desselben vorhanden, und wenn er zwar Gerichtsbarkeit, aber nicht die gehörige hatte; so würde die Sache wieder an einen unzuständigen höheren Richter gelangen, der ohne eine neue Nichtigkeit über

die Nichtigkeitsklage nicht urtheilen könnte. Die Nichtigkeitsklage kann also nur bei dem Richter angestellt werden, welcher bei Anstellung der ersten Klage der zuständige Richter gewesen ist, und bei welchem diese hätte angestellt werden müssen.

---

1) Die Cammergerichtsordnung vom Jahre 1555 Th. 3. Tit. 53. §. 5. sagt schon ausdrücklich, daß „solche Nichtigkeit oder Ungerechtigkeit erst gesprochener Urtheile nicht aus Betrug oder arge List, sondern aus Versehen, Unfleiß, Unwissenheit, oder Irrsal der Procuratoren oder Richter gefolget“ sein möge.

2) Von den Gerichten muß gewiß dasselbe gelten, was der weise Kaiser Leopold II von den Regierungen gesagt hat: „diejenige Regierung, welche nie gefehlt haben will, ist eine der schlechtesten, die es giebt.“ (Crome Selbstbiographie S. 201.)

3) Hofacker Princ. Jur. Civ. Rom. Germ. T. III. S. II. §. 4549.

§. 12.

Zweck und Wirkung der Nichtigkeitsklage, und Verfahren bei derselben.

Untersuchen wir weiter den Zweck, und die Wirkung der Nichtigkeitsklage gegen ein Rechtserkenntniß; so stoßen wir auf einen nicht zu vernachläßigenden Unterschied der hierbei möglichen Fälle.

Die Nichtigkeitsklage, in jedem Falle zunächst gegen das Rechtserkenntniß als nichtig gerichtet, sucht die Nichtigkeit und ihren Grund entweder blos in dem Erkenntnisse, oder in dem Erkenntnisse und dem vorausgegangenen Verfahren zugleich.

In dem ersten Falle, wenn nämlich die Nichtigkeit blos in dem Erkenntnisse liegt, ohne daß zugleich das Verfahren angefochten wird, hat die Nichtigkeitsklage ihrem Begriffe nach (§. 5 u. 7.) die Vernichtung, Aufhebung oder Cassation des allein als nichtig angefochtenen Erkenntnisses, und die Erwirkung desjenigen anderen Erkenntnisses, welches auf das vorausgegangene Verfahren hätte gefällt werden müssen, zum Zwecke. Hier ist ein doppelter, oder copulativer Zweck vorhanden, der aus der Natur der Klage hervorgehet. Nothwendig ist hier die Nichtigkeitsklage auf Beides, die Cassation des nichtigen und Ertheilung des rechtsbeständigen Erkenntnisses, was früher statt jenes hätte erfolgen müssen, gerichtet, weil, wenn nur allein die Cassation des nichtigen Erkenntnisses der Zweck wäre, dann eine weitere oder

neue Klage zur Erwirkung des rechtsbeſtändigen Erkenntniſſes angeſtellt werden müßte, welches aber, als ſchon vorausgegangen, völlig unnütz wäre. Was vor dem nichtigen Erkenntniſſe verhandelt worden, müßte völlig unnöthigerweiſe noch einmal verhandelt werden, welches der Abkürzung des Proceßlaufes zuwider ſein würde.

In dem anderen Falle hingegen, wenn nämlich die Nichtigkeit in dem vorausgegangenen Verfahren und dem darauf gebauten Erkenntniſſe liegt, wenn in dem Verfahren der Mangel eines weſentlichen Erforderniſſes zu finden iſt, und damit das darauf erfolgte Erkenntniß ſelbſt weſentlich mangelhaft geworden; da kann der Zweck der Nichtigkeitsklage, der Natur der Sache gemäß, nur allein auf Caſſation des nichtigen Erkenntniſſes, oder vielmehr des nichtigen Verfahren und Erkenntniſſes gerichtet ſein, weil auf das nichtige Verfahren ein rechtsbeſtändiger Beſcheid ſo wenig jetzt, als früher, ertheilet werden kann, oder konnte. Das Weitere kann hier blos dem Gutdünken oder der Wahl der Betheiligten überlaſſen werden.

Die Wirkung der Nichtigkeitsklage, wenn die Nichtigkeit gegründet befunden wird, iſt alſo im erſten Falle Vernichtung, oder Nichtigerklärung des angefochtenen Erkenntniſſes, und Ertheilung des Erkenntniſſes, wie es vorher hätte ertheilt werden müſſen, im zweiten Falle hingegen blos Vernichtung des Verfahrens und Erkenntniſſes. Wirkungslos iſt die Nichtigkeitsklage, wenn dieſelbe als unbegründet erkannt, und das auf dieſelbe erfolgende Erkenntniß es bei dem als nichtig angefochtenen, aber nicht als ſolches befundenen erſten Erkenntniſſe beläßt, ohne daß es einer Beſtätigung bedürfte.

Daß übrigens die Erhebung einer Nichtigkeitsklage gegen ein richterliches Erkenntniß daſſelbe Rechtsverfahren, wie jede andere Klage veranlaſſe, und nach ſich ziehe, bedarf kaum noch einer beſonderen Erinnerung. So wie der Kläger mit ſeiner Nichtigkeitsklage gehört werden muß, ſo muß auch der Beklagte mit ſeiner Einrede der Rechtsbeſtändigkeit gehört werden. Rechtliches Gehör muß beiden Partheien verliehen werden.

§. 13.

Reſultat der bisherigen Ausführung.

Aus dem bisher Vorgetragenen (§. 1—12) ergiebt ſich, daß im Allgemeinen, und nach der Natur der Sache eben ſo, wie die Nichtig-

keitsklage gegen Rechtsgeschäfte, gegen ein- oder gegenseitige freiwillige Rechtshandlungen, eine persönliche, mit dem Ablaufe von 30 Jahren verjährbare Klage unbestritten ist (§. 4.); die Nichtigkeitsklage gegen Erkenntnisse in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten eine gleiche blos persönliche, der gewöhnlichen extinctiven Verjährung unterworfene Klage sei (§. 7.) — daß dieselbe, obgleich gegen gerichtliche Erkenntnisse in streitigen Rechtssachen gerichtet, dennoch kein processualisches, besonders kein devolutives Rechtsmittel sei (§. 9.) — daß sie endlich als blos persönliche Klage in der Regel bei demselben, nur competenten Gerichte, welches das als nichtig verfolgte Erkenntniß gefällt hat (§. 11.), zum Zwecke der Nichtigerklärung oder Vernichtung desselben, und in gewisser Hinsicht der Ertheilung des rechtsbeständigen Erkenntnisses, was früher hätte ertheilt werden müssen (§. 12.), anzustellen sei.

Zweite Abtheilung.

Die Nichtigkeitsklage in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten nach den verschiedenen Gesetzgebungen.

§. 14.

Römische Gesetze.

Nachdem wir bisher die Nichtigkeitsklage gegen Erkenntnisse in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten im Allgemeinen, und ohne Rücksicht auf die dieselbe bestimmenden oder modificirenden positive Gesetze betrachtet haben (§. 1. — 13.), können wir nunmehr von jener rechtsphilosophischen Forschung zu den einschlagenden Gesetzgebungen übergehen, und beide mit einander vergleichen. Zuerst von der Römischen!

Sowohl unter der Republick, als der Kaiserregierung erkannten die Römischen Gesetze, daß richterliche Erkenntnisse auch ohne Appellation, aus dem Grunde gewisser Mangelhaftigkeit verfolgt, und unwirksam gemacht, und so der Rechtskraft entzogen werden könnten. Dieses beweisen besonders die Titel der Pandecten: Quae sent. sine app. rescind. (49. 8.) und des Codex: Quando provoc. non est necese (7. 46.) und

die in denselben, und noch anderen Titeln [1]) enthaltenen Gesetze und Ausspräche der Rechtsgelehrten. Nach diesen gab es unkräftige, unwirksame richterliche Erkenntnisse, und zwar aus sehr vielen benannten Ursachen [2]), und eine Rescission derselben, ohne daß es zur Erreichung dieses Zweckes einer Provocation (Appellation) bedurfte. Die Römer stellten diese Fälle jenen der Appellation entgegen, nannten jene Erkenntnisse auffer anderen gewöhnlicheren Ausdrücken [3]) besonders sententias nullius momenti [4]) und das Gesuch um Rescission derselben eine querimonia oder querela [5]). Diese Rescission konnte im Wege der Klage und Einrede, und zwar im ersten Falle bei demselben Richter, er mochte selbst, oder durch einen Stellvertreter (per judicem datum) das unkräftige Erkenntniß gefällt haben, geltend gemacht werden, ohne daß dabei von einer Devolution der Sache an einen höheren Richter die Rede sein konnte, eben weil es nach den angeführten Gesetzen einer Provocation gar nicht bedurfte [6]). Es genügte vollkommen, sie bei demselben nur zuständigen Richter zu verfolgen. Und war das Erkenntniß von einem incompetenten, oder der Gerichtsbarkeit ermangelnden Richter gefället; so bedurfte es nicht einmal eines directen Rescissionsantrages, der Verletzte konnte die zur Erwirkung der Execution nothwendige actionem judicati abwarten, und dieser die exceptionem sententiae nullius momenti, die Rescission, als Einrede entgegensetzen [7]).

Man kann hiernach wohl mit Recht behaupten, daß das Römische Recht, indem es die sententias nullius momenti ohne Provocation zu rescindiren gestattete, allerdings, und selbst bei demselben Richter eine Rescissionsklage gegen diese Erkenntnisse, wie bei dem eine Verletzung über die Hälfte des Kaufpreises enthaltenden Kaufvertrage das remedium ex L. 2 C. de rescind. vendit., verliehen habe.

Aus einem einzelnen Römischen Gesetze, der L. 55 D. de re judicata (42. 1.) nach welcher der Richter nur einmal urtheilen, und wenn er dieß gethan, sein Urtheil, gut oder schlecht, nicht weiter soll verbessern können (corrigere), was auch Gönner [8]) zu gleichem Zwecke benutzt hat, hat man beweisen wollen, daß schon nach Römischem Rechte die Rescission eines solchen Erkenntnisses nicht bei demselben Richter, welcher nicht noch einmal über sein früheres Erkenntniß urtheilen, dasselbe nicht verbessern könne, habe verfolgt werden können. Wenn dieses einzelne Gesetz ein ganz allgemeines, selbst die Fälle der

Ungültigkeit der Erkenntnisse beherrschendes Gesetz wäre; so würden damit eben die vielen von diesen Fällen redenden Gesetze ganz über den Haufen geworfen. Man sieht aber sehr leicht ein, daß dieses einzelne Gesetz gerade nicht von diesen eben genannten, der Rescission unterworfenen Fällen, sondern vielmehr von den Fällen entgegen gesetzter Art, welche die Appellation nothwendig machen, rede, und daß mit jenem Ausspruche Ulpian nur die willkührige, eigenmächtige Correctur gefällter Urtheile von Seite des Richters mißbilliget habe, was durch die Worte eines späteren Gesetzes [9]: Sed nec sit eis posthac copia corrigendi vel mutandi bestätiget wird.

---

1) Mühlenbruch Entw. d. Civ. Proc. S. 211. v. Röder a. a. O. S. 26 haben die einschlagenden Römischen Gesetzstellen verzeichnet.
2) v. Röder a. a. O. S. 26 u. f.
3) v. Röder a. a. O. S. 33 Note 44.
4) L. 4. §. 6. D. de re jud. (42. 1.) L. 1. §. 3. Quae Sent. Sine appel. (49. 8.)
5) C. 12. Cod. Theodos. de app. et poen. (11. 30.) L. 75. D. de judic. (5. 1.) L. 3. C. Quomodo et quando (7. 43.) v. Röder a. a. O. S. 24. Note 29.
6) Voet Comment. ad Pand. Lib. 49. tit. 8. §. 1.
7) v. Linde Lehrb. d. deutsch. gem. Civ. Proc. §. 417. Ahorner a. a. O. S. 11. Hefftter a. a. O. S. 506. Mittermaier a. a. O. S. 87. u. 88. und vorzüglich Reinhardt a. a. O. §. 335. u. 336.
8) a. a. O. S. 477.
9) L. 2. C. de Sent. ex per. recit. (7. 44.)

§. 15.

Canonische Gesetze.

Die Päbste scheinen bei ihren Aussprüchen über richterliche Entscheidungen, welche ihrer Mangelhaftigkeit wegen angefochten wurden, das Römische Recht vor Augen gehabt zu haben. Auch das canonische Recht [1]), besonders das ältere, erkennt in vielerlei Fällen Nichtigkeiten und hebt solche Erkenntnisse auf. Hierbei bedient es sich der Ausdrücke: non valere, irritum et inane habere, irritandum esse [2]). Erst in dem neueren canonischen Rechte [3]) kömmt die richtigere Bezeichnung, der Ausdruck: nullitas sententiae vor, ohne daß jedoch darin einer querelae nullitatis Erwähnung geschieht, wie v. Röder glaubt [4]). Die letzte Bezeichnung der Nichtigkeitsklage hat wohl später die Praxis, und

Doctrin eingeführt, indem sie das Wort: Querel aus dem Römischen, und das Wort: Nullität aus dem canonischen Rechte entlehnt hat. So nahe eine solche Bezeichnung auch lag, so scheint sie doch selbst zur Zeit des Vantius, welcher in der letzten Hälfte des sechszehnten Jahrhunderts geschrieben hat, ohne sie zu gebrauchen, noch nicht gangbar gewesen zu sein.

Die Rechtslehrer stimmen darin überein, daß das canonische Recht an den Bestimmungen des Römischen Rechts über Ungültigkeit rechtlicher Erkenntnisse nichts geändert habe [5]). Und doch hat dasselbe, wie wir dafür halten, zu einer gewissen Aenderung in einer derselben wenigstens Veranlassung gegeben. Das canonische Recht enthält überhaupt Aussprüche der Päbste und Erkenntnisse derselben über kirchliche Rechtsangelegenheiten, namentlich auch Aussprüche derselben über Fälle, wo von Ungültigkeit oder Nichtigkeit der Erkenntnisse untergeordneter geistlicher Behörden, besonders der Bischöffe die Rede ist, und über deren Aufhebung. Offenbar sind dieses Erkenntnisse des obersten Richters über Urtheile untergeordneter Richter, und wir sehen da die Nichtigkeitsklage nicht bei demselben, sondern bei dem höheren Richter angebracht, ohne daß jedoch in dem canonischen Rechte eine deßfallsige gebiethende Disposition vorkömmt, daß eine solche Klage nur allein bei dem höheren Richter angebracht werden könne. Dieses besondere, der kirchlichen Hierarchie entsprungene Verhältniß hat wohl schon im Mittelalter, nachdem das canonische Recht auch in weltlichen Angelegenheiten Gesetzkraft erhalten hatte, die Veranlassung gegeben, daß in der Praxis die Nullitätsquerel bald nach dem Beispiele des canonischen Rechts bei dem höheren Richter, bald nach der Bestimmung des Römischen Rechts bei demselben Richter angebracht worden ist. Die Doctrin, eben dadurch zur Frage bewogen, bei welchem Richter denn eigentlich diese Klage anzubringen sei, hat in derselben bald eine Streitfrage erkannt, welche schon von Vantius eine antiqua quaestio, variis et diversis locis, vario et diverso modo ab antiquis et modernis doctoribus pertractata genennt wird [6]).

Sowohl die Römischen als canonischen Gesetze geben übrigens von der Nichtigkeit und Nichtigkeitsklage keine Definition. Sie führen nur einzelne Nullitäten, und die Gründe derselben auf. Eine Definition der Nichtigkeit und Nichtigkeitsklage, ein richtiger Begriff derselben nach diesen Gesetzen ist also nur im Wege der Abstraction zu gewinnen gewesen,

und daher rührt auch größtentheils die große Verschiedenheit der von den Rechtslehrern aufgestellten Definitionen derselben. (§. 1.). [7]).

---

1) Mühlenbruch a. a. O. S. 212. v. Röder a. a. S. 35, wo die einschlagenden Gesetzstellen angegeben sind.

2) C. 10. X. de Sent. et re jud. (2. 27.) C. 7. X. de immun. eccles. (3. 49.) C. 7. X. de conf. ut. vel inut. (2. 30.) Clem. 2. de Verb. Sign. (5. 11.).

3) Clem. un. de Sequestr. poss. et fruct. (2. 26.) und Clem. 1. et 2. de Sent. et re jud. (2. 11.).

4) a. a. O. S. 33. Wir haben wenigstens in den eben angeführten beiden Stellen diesen Ausdruck nicht, vielmehr in den Worten: ad agendum de nullitate admittatur, den genaueren Ausdruck: actio nullitatis gestunden.

5) Hefftter a. a. O. S. 509. Reinhardt a. a. O. §. 337.

6) in Tract. de nullitatibus processuum et Sententiarum. Tit 3. in pr.

7) v. Röder a. a. O S. 58. u. f. Dagegen haben wir den Begriff der Nichtigkeit überhaupt, und der Rechtserkenntnisse insbesondere (§. 1. 5. u. 9.) auf dem Wege der Construction oder synthetisch zu finden gesucht. M. v. v. Almendingen a. a. O. S. 257.

§. 16.

Aeltere Deutsche Gesetze.

Wir haben keine allgemeine Deutsche Gesetzgebung über die Rechtsmaterie der Nichtigkeitsklagen gegen Rechtserkenntnisse, d. i. eine solche, welche im vormaligen Deuschen Reiche sowohl bei Reichs- als Landesgerichten der einzelnen Deutschen Staaten allgemein gültig gewesen wäre. Nur einzelne, vorzüglich die Reichsgerichte betreffende, auf die Landesgerichte aber analog anwendbare Gesetze [1]) haben wir, welche in diese Lehre einwirken. Daß diese Gesetze auch jetzt, nachdem die Reichsgerichte mit der Reichsverfassung längst aufgelöset worden sind, für das Rechtsverfahren in den Deutschen Bundesstaaten, insoweit sie nicht ausdrücklich abgeschafft, oder modificiret worden sind, noch gesetzkräftig seien, können wir als Lehrsatz des öffentlichen Rechts des Deutschen Bundes [2]) voraussetzen. So grausam als die Rheinische Bundesacte [3]) hat die Deutsche Bundesacte den vormaligen Reichsgesetzen nicht mitgespielt.

Es kommen hier vorerst die älteren Gesetze, welche dem Reichsabschied von 1654 vorausgegangen sind, in Betracht, namentlich die Cammergerichtsordnungen von 1521 Tit. 21, von 1523 Tit. 5, von 1527 §. 23, von 1555 Th. 3 Tit. 34 u. 53, und von 1570 §. 69, das Con-

cept der Cammergerichtsordnung von 1613 Th. 3. Tit. 40 und 63, der Reichsabschied von 1532 Tit. 3 §. 17, das Westphälische Friedensinstrument von 1648 Art. 4 §. 49, endlich die Reichshofrathsordnung von 1654 Art. 5. §. 7. Diese Gesetze finden sich zusammen wörtlich abgedruckt in v. Röders Beiträgen [4]) mit Ausnahme der zuletzt angeführten Reichshofrathsordnung, welche wir zur Ergänzung hier nachtragen:

„Von denen, die sich durch Urtheil gravirt zu seyn meynen.

§. 7. Dafern sich ein oder ander Theil durch die am Kaiserl. Hof gefällte Urtheil gravirt zu seyn vermeynen, und dannenhero entweder per Viam nullitatis, Syndicatus, restitutionis in integrum, oder sonst einig ander im Recht zugelassenes Mittel, dadurch die Urtheil infirmiret werden könnte, vor und an Hand nehmen wollte, das solle ihm, vermög des Münsterischen Friedens-Schlusses Art. 5. §. 10. vers. quoad processum etc. per viam Supplicationis zu thun erlaubt seyn, und auf solchen Fall, der in den jetzt gedachten Frieden-Schluß vorgeschriebene modus procedendi observirt werden, allda verordnet wird, damit den Parteien am Kaiserl. Hof-Gericht das remedium suspensivum nicht benommen werde; so solle anstatt der bei der Cammer üblichen Revision, dem gravirten Theil erlaubt sein, von dem im Hof-Gericht gefällten Urtheil an Uns zu suppliciren, damit die gerichtliche Acta nochmals mit Zuziehung anderer, die der Sachen genugsam gewachsen, und keiner Parthei zugethan, in gleicher Anzahl beiderlei Religions-Räthen, und welche bei Fällung des ersten Urtheils nicht gewesen, oder doch das Re- und Correferenten Stelle nicht vertreten, revidirt werden mögen, Uns auch bevorstehen, in wichtigen Sachen, und von welchen im heil. Röm. Reich ein Aufstand zu befahren, etliche beider Religion, Chur- und Fürsten, mit ihren Gutachten und Meinungen zu vernehmen.“ [5])

Aus dieser älteren Deutschen Gesetzgebung heben wir folgende Sätze aus, und begleiten sie mit den nöthigen Bemerkungen:

1) Die Gesetze, und zwar die ältesten, stellen schon Nullität und Iniquität einander gegenüber, und erkennen eine Klage auf Nullität (Nullitätsklage) so gut, als eine Klage auf Iniquität (Appellation) gegen Erkenntnisse der dem Cammergerichte untergeordneten Gerichte (Landesgerichte), bei diesem Reichsgerichte verfolgbar [6]). Vorausgesetzt, daß um jene Zeit Gerichtsverfassung und Doctrin aus dem Dunkel

des Mittelalters, und der Verschmelzung des altgermanischen Rechts mit dem aufgenommenen fremden Rechte sich schon einigermaßen herausgebildet hatte [7]), finden wir hier schon den aus der Natur der Sache entwickelten Unterschied zwischen Rechtswidrigkeit und Nichtigkeit eines Rechterkenntnisses, zwischen Appellation und Nichtigkeitsklage (§. 6. u. 9.) bestätiget und anerkannt.

2) Die Gesetze gestatten eine Cumulation der Nichtigkeitsklage mit der Appellation, sowohl incidenter als principaliter, so zwar, daß in letztem Falle immer zuerst über die Nullität, und erst dann, wenn sie ungegründet befunden worden, über die Appellation erkannt werden soll. Sie gestatten aber auch die Nichtigkeitsklage allein anzustellen (fürzunehmen). Beides gegen Erkenntnisse untergeordneter Gerichte [8]). Wir ersehen hieraus, wie schon zum Theil aus dem vorigen Satze, daß die Nichtigkeitsklage gegen Erkenntnisse der oberen Landesgerichte, theils mit der Appellation verbunden, theils selbstständig für sich allein, bei dem Reichsgerichte angestellt werden kann, daß in dem Cumulationsfalle, wenn sie nicht incidenter zur besseren Begründung der Appellation, sondern principaliter für sich und neben der Appellation vorgebracht wird, dieselbe als präjudiciel für sich und vor der Appellation behandelt und beurtheilt werden soll, daß die Nullitätsquerel als Klage, verschieden von der Appellation, vom Gesetze geachtet werde, dessen ungeachtet aber, und auch als Klage bei dem höheren Richter gegen Erkenntnisse eines untergeordneten Richters zugelassen werde. — Wenn übrigens diese älteren Gesetze von einer Klage auf Nullität, und einer Klage auf Iniquität gleicherweise reden, wie vorhin bemerkt worden; so unterscheiden sie dennoch nicht allein diese Verfolgungsmittel derselben für sich, sondern auch noch ganz besonders in Ansehung des Verfahren bei denselben, indem sie bestimmen, daß eine Klage auf Nullität, allein fürgenommen, oder principaliter mit der Appellation verbunden, als Klage, gleich anderen Sachen simplicis querelae, oder anderen Klagsachen, behandelt werden soll [9]). Diese höchst wichtige Bestimmung, auf welche wir später (§. 23.) zurück kommen werden, zeigt ganz offenbar, daß schon die ältere Deutsche Gesetzgebung die Nichtigkeitsklage gegen Erkenntnisse untergeordneter Gerichte, ungeachtet ihrer Anstellbarkeit bei dem höheren Richter nach dem Beispiele des canonischen Rechts (§. 15), für eine Klage, nicht für ein processualisches Rechtsmittel, oder ein

Provocationsmittel gegen die Disposition des Römischen Rechts (§. 14) erkannt habe.

3) Gegen cammergerichtliche oder reichshofräthliche Erkenntnisse gestatten die Gesetze auf Nullität sowohl, als ad Syndicatum zu klagen, also sowohl die Nichtigkeitsklage, als die Syndicatsklage, jedoch gewissermaßen in der Form einer Revision bei dem Cammergerichte, und einer Supplication an den Kaiser pro revisione am Reichshofrathe ohne Bestimmung einer Nothfrist [10]). So hatte dann die Nichtigkeitsklage, und zwar als Klage, nicht als Provocationsmittel, und selbst auch bei demselben Richter, sogar gegen reichsgerichtliche Erkenntnisse statt, wenn auch in einem verschiedenen, besonders vorgezeichneten Verfahren.

4) Einen Begriff von der Nichtigkeit eines Rechtserkenntnisses hat zuerst das Westphälische Friedensinstrument gelegenheitlich, wo von den während des Krieges in Causis mere saecularibus gefällten Sentenzen die Rede ist, in den Worten: Si processus vitium et defectus manifeste patet, vel in continenti demonstrari potest, zu geben gesucht [11]). Daß aber diese Definition unzureichend sei, fällt in die Augen, und wird sich bald (§. 19—22) näher ergeben.

---

1) Für die Anwendbarkeit dieser Gesetze auf die Landesgerichte spricht auch noch der Umstand, daß in denselben zugleich Vorschriften für diese in anderer Hinsicht z. B. wegen ihrer gehörigen Besetzung enthalten sind. C. G. O. von 1570 §. 68. v. Röder a. a. O. S. 48.

2) Klüber öffentl. Recht d. Deutsch. Bundes §. 51. M. v. die Wien. Schl. Acte Art. XXIII.

3) Rh. B. A. Art. 2.

4) S. 40 u. f.

5) Schmausens Corp. Jur. publ. S. 932. Die Allegation des Münsterischen Friedensschlusses scheinet nicht richtig zu sein, da dem Art. 4. §. 49 im Oßnabrückischen Instrumente wörtlich der Art. 5. §. 38 des Münsterischen Instrumentes correspondiret, und der Art. 5. §. 20 des Letzten von etwas Anderem redet. M. v. das angef. Corp. Jur. publ. S. 754 u. S. 820.

6) v. Röder a. a. O. S. 40.

7) v. Röder a. a. O. S. 38 u. 39. In diese historische Forschung tiefer einzudringen, würde uns zu weit von unserem Zwecke entfernen, und bleibt einer geschickteren Hand überlassen.

8) v. Röder S. 40. 41. 43. u. 48.

9) v. Röder S. 41. §. 7. S. 43. §. 3.

10) v. Röder S. 41. 44. u. f. und die eingeschaltete Stelle der Reichshofraths-ordnung.
11) v. Röder S. 48.

§. 17.

Neuere Deutsche Gesetze im Reichsabschiede von 1654. Geschichte derselben.

Die neuere Deutsche Gesetzgebung finden wir in den §§. 121 und 122 des Reichsabschiedes von 1654, welche von vielen Rechtslehrern als der Sitz der Lehre von der Nichtigkeitsklage gegen bürgerliche Rechtserkenntnisse angesehen werden. Eben darum ist die Geschichte dieser neueren Gesetzgebung [1]) von hoher Wichtigkeit für unsere Forschung. Aus ihr müssen nachfolgende besonders merkwürdige Momente und Erscheinungen hervorgehoben werden:

1) Das häufige Anwachsen der Processe am Reichscammergerichte, die Verhüthung und Abschneidung der vielen und muthwilligen Appellationen war im Allgemeinen Veranlassung und Zweck des eine Verbesserung des Justitzwesen beabsichtigenden Gesetzes. Ganz besonders kam dabei in Betracht das weitläufige und unnütze Disputiren an jenem Reichsgerichte, ob eine Sentenz nulla oder injusta sei, weil im ersten Falle binnen 30 Jahren die Klage verfolgt werden konnte, [2]) im zweiten aber intra decendium appelliret werden mußte.

2) Das Reichsgutachten vom 10 — 20 Decemb. 1653, nachdem es diese Veranlassung erwähnet hat, unterscheidet zwischen den Nullitäten, welche ex formalitate et subtilitate processus herfließen, und den Nullitäten, welche insanabilem defectum [3]) ex persona judicis aut partis vel ex substantialibus processus haben, und will bei jenen ersten, wie bei der sententia iniqua, die fatalia interponendae et introducendae appellationis beobachtet wissen, also nur die Appellation, vorbehaltlich der Restitution, wenn die Nullität später in Erfahrung gebracht wird, zulassen, bei diesen oder den letzten hingegen es bei dem jure communi belassen.

3) Die kaiserliche Resolution vom 13 — 23 April 1654 spricht nur von den Appellationen, welche von der sententia nulla, wie von der iniqua, intra decendium interponirt werden sollen, und läßt sich in diesem Belange der Stände Meinung wohlgefallen. Den unberührten

übrigen Inhalt des Reichsgutachten hat man nicht ohne Grund für stillschweigend ratificiret angenommen.

4) Ein nachträgliches, aus dem Fürstenrathe ausgegangenes, und vom Kurfürsten- und Städtecollegium genehmigtes Gutachten, welches auch die kaiserliche Ratification unterm 23 April — 3 Mai 1654 erhalten hat, stellt einen weiteren Unterschied zwischen nullitatibus contra jus naturae, und nullitatibus juris positivi auf, und bestimmt, daß in diesen das fatale decendii wie bei den Appellationen hinfüro statt haben, in jenen aber es wegen der Zeit der Einwendung der Klage der Nullität bei den gemeinen Rechten gelassen werden solle.

---

1) v. Röder a. a. O. hat S. 49 u. 57 sowohl die Geschichte, als den Text des Gesetzes nach den von J. G. von Meiern im Jahre 1740 edirten Regensburgischen Reichstagshandlungen von 1653 und 1654 wörtlich mitgetheilt, auf welche wir uns beziehen. M. s. auch Schnaubert Erört. d. Lehre v. d. heilbaren und unheilbaren Nullitäten S. 9 u. Ahorner a. a. O. S. 28. Eine Erklärung des Textes aus dieser Geschichte hat Kopp in den Decis. Cass. Tom. IV. Dec. 118 num. 20—27 zu geben gesucht.

2) Hier wird zuerst die dreißigjährige Verjährung der Nichtigkeitsklage erwähnet, deren die ältere Gesetzgebung (§. 16) noch nicht gedacht hatte. Seit jenem Zeitverlaufe hatte wohl die Doctrin, nachdem die Eigenschaft der Nullitätsquerel als Klage schon in den älteren Gesetzen anerkannt worden war (§. 16) die Römische Lehre von Verjährung der Personalklagen, zu welcher Gattung sie nach der Natur der Sache nur allein gehören konnte (§. 3 u. 7), auf jene Querel in Anwendung gebracht. Vantius, welcher im letzten Titel seines Werkes die Mittel zur Vertheidigung nichtiger Erkenntnisse weitläufig abhandelt, spricht noch nicht von Verjährung der Klage, und glaubt nur num. 28, daß für eine Sententia antiqua triginta vel quadraginta annorum praesumtio, quod rite et recte lata fuerit, streite. M. v. Pütter Opusc. rem Jud. Imp. illustr. p. 300 et 301.

3) Die Ausdrücke: insanabilis et irreparabilis defectus und nullitas insanabilis hatte wohl schon früher, vielleicht nach dem in der C. G. O. v. 1521 Tit. 21. §. 1 u. v. 1523 Tit. 5. §. 6 gebrauchten Ausdrucke: „ain unwiderbringlich Unrecht", die Praxis und Doctrin eingeführet. Vantius bedient sich schon derselben, obgleich spärlich, und zwar des Ersten Tit. 9 n. 6., und des letzten Tit. 11 n. 61. Es ist aber hier das Beiwort noch nicht unterscheidend, nur verstärkend, weil der Gegensatz Sanabilis noch fehlt.

§. 18.

Inhalt derselben.

Gehen wir nun zu dem Texte des Reichabschiedes in den §§. 121 und 122 über; so muß es, wenn wir ihn mit den Reichsgutachten (§. 17) selbst vergleichen, auffallen, daß der Concipient des Textes, statt den Inhalt der Reichsgutachten in denselben wörtlich aufzunehmen, diese vielmehr nur flüchtig und unvollständig ausgezogen, und mit Rubriken versehen; aber folgende Puncte der Reichsgutachten in den Text gar nicht oder nicht gehörig übertragen habe:

1) Die nähere Bestimmung der sententia nulla, bei welcher wie bei der sententia iniqua des decendium beobachtet werden soll, „wann die nullitas ex formalitate et subtilitate Processus herfließet" hätte in dem Texte nothwendig den Worten: »sententia tam nulla« unmittelbar angehängt werden müssen. Diese wesentliche Bestimmung, diese Definition der sententia nullae, welche künftig wie die iniqua verfolgt werden soll, ist dagegen im Texte ganz übergangen.

2) Das Reichsgutachten sagt ausführlich, daß bei dieser Art Nullitäten, wie bei der Iniquität, das decendium das fatale interponendae appellationis sein, und eben so, wie auch das fatale introducendae appellationis observirt werden soll, wogegen der Text nur sagt, daß von der sententia nulla eben so wie von der iniqua das fatale interponendae observirt werden soll. Wird mit diesem letzten Satze gleichwohl und ungefähr, nur allgemeiner, dasselbe wie mit dem ersten gesagt; so ist doch dieser viel bestimmter und genauer.

3) Der Vorbehalt der Restitution nach abgelaufener Appellations-nothfrist bei eben diesen Nullitäten, den das Reichsgutachten enthält, ist im Texte des §. 121 ganz übergangen. Diese Omission ist aber um deßwillen nicht sehr erheblich, weil sich der Vorbehalt dieser Restitution hier von selbst versteht.

4) Der Inhalt des nachträglichen Reichsgutachten, und der darin bemerkte Unterschied zwischen den nullitatibus ex jure naturali et positivo ist ebenso im Texte ganz übergangen, was aber nicht sehr zu beklagen ist, da derselbe, wie früher (§. 1) nachgewiesen worden, unerheblich, auch mit dem Unterschiede der Nullitäten ex formalitate et subtilitate processus, und ex defectu insanabili ex persona judicis,

aut partis, vel substantialibus processus ſich nicht identificiren, oder auch nur verbinden ließ [1]).

Wenn wir uns nun auch zunächſt an den Text der beiden Abſätze des Reichsabſchiedes, als eigentliches promulgirtes Geſetz, halten müſſen; ſo dürfen wir doch denſelben, beſonders in Anſehung des erſten und zweiten Punctes, aus der Quelle, dem Reichsgutachten, inſoweit als er deſſen wirklich bedürftig iſt, erklären und ergänzen. Mit dieſen, in Klammern eingefaßten, und geſperrt gedruckten Ergänzungen vermehrt, iſt derſelbe folgender [2]):

„Xmo. In Appellationen a Sententia, quae dicitur nulla, ſoll ebenfalls, wie in andern, das decendium interponendae observirt werden."

„§. 121. Indem auch nunmehr, zum Zehenden, von vielen Jahren hero, mit vieler Zeit Verlierung, unnöthiger Dingen vielfältig disputiret worden, ob Sententia nulla oder injusta ſich verhalte, und zwar darum allein, daß a Sententia nulla in dreißig Jahren die Klag prosequirt, a Sententia iniqua aber intra Decendium appellirt werden kan und ſoll: So ſoll, zu Verhüthung dergleichen ohnnöthigen Gezänks, in allen beyden Fällen, das iſt a Sententia tam nulla „(wann die nullitas ex formalitate et subtilitate Processus herfließet)" quam iniqua, das Fatale interponendae „(Appellationis, das decendium, ita et Fatale introducendae)" observirt, darüber auch hinfüro bey Unſerm Cammer-Gericht ſtät und feſtiglich gehalten werden".

„Nullitates insanabiles aber können annoch binnen 30 Jahren principaliter deducirt werden.

„§. 122. Bey denjenigen Nullitäten aber, welche insanabilem defectum, aus der Perſon des Richters, oder der Parthey, oder aus den Substantialibus des Processus, nach ſich führen, verbleibt es bey der Disposition der gemeinen Rechten".

So finden wir denn in dieſen beiden Abſätzen des Reichsabſchiedes eine Diſtinction der bisher, beſonders in Rückſicht ihres Begriffs, ihrer Dauer, und Verfolgungsart, vielfach beſtrittenen Nullitäten. Es können nämlich dieſelbe entweder ſolche ſein, welche ex formilitate et

subtilitate processus herfließen, oder solche, welche insanabilem defectum aus der Person des Richters oder der Parthei, oder aus den Substantialien des Processes nach sich führen [3]). Die Sentenzen mit Nullitäten der ersten Art behaftet, über welche im §. 121 bestimmt wird, sollen, gleich den sententiis iniquis, mit Beobachtung der Appellationsnothfristen, und mit der Appellation verfolgt werden. Die Nullitäten der anderen Art, von welchen der §. 122 redet, werden in diesem nach ihrem Subjecte und Objecte näher bestimmt, und in Ansehung ihrer Verfolgungsart soll es bei der Disposition der gemeinen Rechte verbleiben. Diese letzte Art von Nullitäten hat die Rubrik des Textes insanabiles, jene erste Art aber seitdem die Doctrin gegensätzlich sanabiles genannt [4]).

---

1) J. C. Gensler im Commentar über Martins Civ. Proc. Lehrb. B. 2. S. 161 u. 162 nennt diese Auslassung ein nicht unglückliches Versehen, und sucht vergebens die nullitates contra jus positivum mit jenen ex formalitate et subtilitate processus, und die nullitates contra jus naturale mit jenen propter defectum insanabilem ex persona judicis et partis, vel ex substantialibus processus zu identificiren.

2) nehmlich der Text, wie er bei v. Meiern a. a. O. Th. 2. am Ende abgedruckt ist. Schmausens Corp. jur publ. S. 996 hat andere Rubriken, und einen argen Druckfehler im ersten Absatze, wo injusta statt justa zu lesen ist.

3) Ungefähr eben so hat Kopp a. a. O. den Text erkläret, jedoch die Nullitäten des letzten Reichsgutachten mit den Nullitäten des Textes, wie Gensler, zu verschmelzen gesucht.

4) Ohne die hier nachgewiesene nothwendige Ergänzung des Textes würde die Bestimmung des ersten Absatzes, daß in allen beiden Fällen die Nothfristen der Appellation beobachtet werden sollen, auf die Fälle der sententia nulla überhaupt, und der sententia injusta bezogen werden können, und so eine Verwirrung der Begriffe zur Folge haben. Die Worte: in allen beiden Fällen können ohne diese Ergänzung rückwärts, und müssen mit derselben vorwärts bezogen werden, wie die Quelle des Textes beabsichtiget.

§. 19.

Nähere Erwägung des Inhalts. Heilbare und unheilbare Nichtigkeiten.

Ziehen wir die eben (§. 18) bemerkte Distinction der Nullitäten in sanabiles und insanabiles, heilbare und unheilbare Nichtigkeiten der Rechtserkenntnisse in nähere Erwägung; so finden wir, daß

1) die Bestimmungen, die nullitas sanabilis fließe aus der Formalität, und Subtilität des Processes, die insanabilis hingegen aus dem Defect in der Person des Richters oder der Parthei, oder den Substantialien des Processes, eigentlich nur, woher diese Nullitäten stammen, oder wobei sie Statt finden, aber nicht genau, woraus sie bestehen, sagen, also keinen deutlichen, vollständigen Begriff derselben geben.

2) Wendet man nun auf dieselbe den aus der Natur der Sache geschöpften Begriff der Nichtigkeit eines Rechtserkenntnisses (§. 5) an; so ergiebt sich sogleich, daß die nullitas sanabilis gar keine wahre Nullität sei, weil sie es mit blosen Formalitäten, oder Subtilitäten des Processes, also mit blos natürlichen, oder zufälligen, nicht wesentlichen Erfordernissen und deren Mangel zu thun hat (§. 18); daß dagegen die nullitas insanabilis eine wahre Nullität sei, weil es bei ihr um den Mangel nicht blos förmlicher, natürlicher oder zufälliger Erfordernisse, sondern wesentlicher, die Substanz selbst bedingender Erfordernisse gilt (§. 18.). Wir finden das Erste schon bestätiget durch die Worte: »Sententia, quae dicitur nulla« (nicht dicatur, wie v. Röder schreibt) in der Rubrik des ersten Absatzes des Reichsabschiedes.

3) Die sogenannte nullitas sanabilis ist sowohl ihrem Gehalte, als dem sie verfolgenden Rechtsmittel nach nichts anderst, als eine Rechtswidrigkeit, und hat also mit der Nichtigkeit gar nichts gemein, wie schon die Natur der Sache ergeben hat (§. 7 u. 9). Sie wird nach dem Gesetze selbst, und nach den dasselbe erläuternden Reichsgutachten (§. 18) nicht mit einer Nichtigkeitsklage oder Nichtigkeitsbeschwerde, sondern mit der Appellation unter Beobachtung ihrer Nothfristen verfolgt, so daß diese Verfolgung eine devolutive, und suspensive Wirkung mit sich führet, und die Rechtskraft zur Folge hat. (§. 9). [1]).

4) Die Bezeichnung dieser Nullität als sanabilis ist ungegründet, weil die Appellation, und das darauf erfolgende Erkenntniß an dem angeblich nichtigen Processe oder Erkenntnisse keinen Mangel ersetzt, vielmehr das Letzte aufhebt, verändert, oder bestätiget, also nicht heilet (§. 2 u. 7.).

5) Auch die Bezeichnung der wirklichen Nullität als insanabilis ist überflüßig sowohl, als unrichtig. Ueberflüßig, weil das Hauptwort: Nullität oder Nichtigkeit, besonders im Gegensatze der Rechtswidrigkeit, den Mangel des wesentlichen Erfordernisses des Erkenntnisses

schon erschöpfend bezeichnet, und es des Beiworts gar nicht bedarf. Unrichtig, weil der Mangel des wesentlichen Erfordernisses nach dem, was über die Heilbarkeit der Nichtigkeit überhaupt, und besonders der Rechtserkenntnisse bemerkt worden (§. 2 u. 7.), wenn gleich selten, doch in manchen Fällen durch Ergänzung, in allen aber durch Assens[2]) geheilet werden kann, so daß die wahre Nichtigkeit als unheilbar im Allgemeinen gar nicht erscheinet.

6) Die Bezeichnung der sogenannten Nullität als sanabilis, und der eigentlichen Nullität als insanabilis scheint einen Widerspruch zu involviren. Könnte man wirklich sagen, daß die Erste durch Appellation geheilet werde, warum sollte man nicht sagen können, daß die Zweite durch die Nullitätsklage eben so geheilet werde?

7) Die Distinction der Nullitäten in heilbare und unheilbare ist dem zu Folge, obgleich im Gesetze gewissermaßen selbst enthalten, völlig ungegründet, und unerheblich, und hat durchaus keinen, weder doctrinellen, noch practischen Werth, was auch von mehren Rechtslehrern längst anerkannt ist[3]).

Wichtig bleibt aber dessenungeachtet immer die im §. 121 des Reichsabschiedes enthaltene Bestimmung, daß bei der Verfolgung der sogenannten Nichtigkeiten, welche aus vernachläßigter Formalität oder Subtilität des Processes entstehen, das fatale interponendae et introducendae appellationis observirt werden, oder mit anderen Worten, daß solche vorgebliche Nichtigkeiten als Rechtswidrigkeiten angesehen, und behandelt, nur durch die Appellation mit Beobachtung der Nothfristen derselben verfolgt werden sollen.

---

1) Franke a. a. O. S. 409, besonders S. 411 u. f. wo dasselbe, und besonders, daß damit ein neues Mittel, die heilbare Nichtigkeitsbeschwerde, durch den Reichsabschied nicht gegeben worden sei, und nur die sogenannte unheilbare Nichtigkeit eine wahre Nichtigkeit sei, folglich es nur eine Nichtigkeitsbeschwerde gäbe, ausgeführt wird.

2) Der Assens als wahres Heilmittel der Nichtigkeit ist ein gesetzlicher Ausdruck. L. 3 C. Quomodo et quando judex (7. 43.) Linde a. a. O. §. 417. Ueber den übrigen Inhalt dieses Gesetzes v. m. Gesterding a. a. O. S. 131. Note 13 u. Franke a. a. O. S. 391.

3) Pütter Opusc. p. 314 et 315. (falsch gedruckt: 307.) Eine sonderbare Erklärung beider Nichtigkeitsarten hat derselbe in Nov. Epit. Proc. Imp.

§. 215. Note d. in den Worten gegeben: Sanabile vitium habetur, quod sanari censetur, appellatione intra decendium haud interposita; insanabile, quod non sanatur, appellatione licet haud interposita.

§. 20.

Wirkliche Nichtigkeiten.

Der §. 122 des Reichsabschieds, welcher bemerktermaßen, und im Gegensatze uneigentlicher Nichtigkeiten oder Rechtswidrigkeiten (§. 19), von wirklichen, wahren Nichtigkeiten redet, giebt an sich keinen vollständig genauen Begriff derselben, weil er nur den sogenannten unheilbaren Mangel eines Erfordernisses in der Person des Richters oder der Partheien, oder in den Substantialien des Processes bezeichnet. Die nähere Bestimmung, der Mangel eines wesentlichen Erfordernisses, worin das Wesen der Nichtigkeit besteht, und den er nur einigermaßen bei dem Processe berühret, wird nur von dem Gegensatze, der angeblichen Nichtigkeit aus vernachläßigter Formalität oder Subtilität des Processes, an die Hand gegeben, und von der Natur der Sache (§. 19) ergänzet.

Er giebt aber vorerst die drei Cathegorien an, in welchen wirkliche Nichtigkeiten der Rechtserkenntnisse, Mängel wesentlicher Erfordernisse, vorkommen können, nämlich 1) beim Richter 2) bei den Partheien, und 3) bei dem Processe, dem Rechtsverfahren und Erkenntnisse. Wir dürfen wohl Beides unter dem Worte: Proceß um so eher verstehen, und zusammenfassen, weil ein bloses Rechtsverfahren, wenn es auch für sich wesentlich mangelhaft ist, doch wohl, ehe das darauf gebaute, und eben darum nichtige Erkenntniß erfolgt ist, durch die Nichtigkeitsklage nicht angefochten werden kann, oder in der Regel nicht angefochten wird. Die Aufstellung der drei Cathegorien ist in der Natur der Sache gegründet. Der Mangel wesentlicher Erfordernisse eines Rechtserkenntnisses äußert sich nehmlich in den handelnden Personen, oder in den Handlungen derselben selbst. Die Nichtigkeit äußert sich so entweder subjectiv, wenn sie den Richter oder die Partheien betrifft, oder objectiv, insofern sie die Verhandlung, und die darauf gebaute Entscheidung, oder die letzte allein betrifft. Zwar haben mehre Rechtsgelehrte die Nichtigkeit blos auf das Verfahren, den Proceß im engsten Sinne, beschränket, ohne eine Nichtigkeit des Erkenntnisses selbst zuzulassen [1]), während Andere die Nichtigkeit der Erkenntnisse als vierte Cathegorie der wirklichen Nichtig-

keiten zugeben [2]); wir können uns aber mit keiner der beiden Meinungen befreunden. Das Erkenntniß ist ein wesentlicher Bestandtheil des Processes im weiten Sinne des Wortes, welcher Verfahren und Entscheidung, als Mittel und Zweck, in sich fasset, und in allen Hand- und Lehrbüchern des Civilprocesses wird das Urtheil als solcher aufgeführet und behandelt. Endlich ist, was wohl der wichtigste Grund dagegen ist, sowohl in den Reichsgutachten, als im Texte des Gesetzes überall von Sentenzen die Rede, welche der §. 122 mit dem Worte: Processus gewiß nicht hat ausschließen wollen.

Der §. 122 des Reichsabschiedes verfügt aber auch, daß es in Ansehung dieser wirklichen Nichtigkeiten "bei der Disposition der gemeinen Rechte verbleiben" soll. Diese Bestimmung kann keine andere sein, und keinen anderen Sinn haben, als daß die Nichtigkeitsklage, womit diese wahren Nichtigkeiten verfolgt werden sollen, als Klage binnen 30 Jahren angestellt werden könne, und so der Verjährung der blos persönlichen Klagen unterworfen sein soll. Dafür spricht schon der Gegensatz der im vorhergehenden §. 121 erwähnten angeblichen Nullitäten, oder Rechtswidrigkeiten, welche mit der Appellation unter Beobachtung ihrer Nothfristen verfolgt werden sollen; noch mehr aber die sowohl in dem Reichsgutachten, als in dem §. 121 des Reichsabschiedes selbst erwähnte Voraussetzung, daß nehmlich "a sententia nulla in dreißig Jahren die Klag prosequirt werden kann und soll." Die hier genannten gemeinen Rechte sind das Römische und Deutsche Recht, welche die Nichtigkeitsklage als eine persönliche, und so als eine mit 30 Jahren verjährbare Klage erkannt hatten (§. 14. 16 u. 17 Note 2).

Wenn hiernach die Nichtigkeitsklage gegen Rechtserkenntnisse eine blos persönliche, mit dem Ablaufe von 30 Jahren verjährbare Klage ist; so muß sie auch nothwendig als solche bei demselben, nur competenten Richter, welcher das nichtige Erkenntniß gefällt hat, angestellt werden können. Das Letzte folgt nothwendig aus dem Ersten. Eben so muß die Nichtigkeit eines Rechtserkenntnisses auch als Einrede verfolgt werden können, weil nach der Natur der Sache, und nach Römischem Rechte jede Nichtigkeit eines Erkenntnisses, welche als Klage verfolgt wird, auch als Einrede verfolgt werden kann (§. 7 u. 14.) [3]).

1) Grollman Theor. d. Proc. §. 218, welcher jedoch am Ende dieses Absatzes in der Schlußanmerkung zugiebt, daß eine Sentenz gegen eine rechtskräftige Sentenz nichtig sei, eine Nichtigkeit, welche doch wohl nicht auf die Person des Richters bezogen werden kann. Mittermaier a. a. O. S. 96 glaubt, daß der Ausdruck: insanabilem defectum ex substantialibus processus sich von wesentlichen Bestandtheilen des Verfahren verstehe, und eine nullitas contra jus in thesi, eine Nichtigkeit im Inhalte des Erkenntnisses selbst eine Nichtigkeitsbeschwerde nicht begründe, oder daß wegen des Materiellen in der Entscheidung keine Nichtigkeitsklage gestattet werden dürfe. Pütter Nov. Ep. §. 215. Note c. sieht das Urtheil contra jus in thesi als nichtig an, hält diese Nichtigkeit aber auch ohne allen Grund für einen Mangel in der Person des Richters.

2) Kopp in den Decis. Casl. a. a. O. n. 20, welcher Nullitäten ex meritis causae als vierte Cathegorie annimmt. Gesterding a. a. O. S. 165 beklagt, daß das Gesetz eine Hauptquelle der Nullitäten, das Urtheil selbst, mit Stillschweigen übergehe, nimmt S. 134 u. f. die Nullität im Erkenntnisse für eine besondere, und vierte Cathegorie an, und hält S. 171 dafür, daß auch ein solches beim Mangel wesentlicher Erfordernisse unheilbar ungültig, also nichtig sein könne.

3) Pütter in Opusc. p. 300.

§. 21.

Eigentliche Bestimmungen der neueren Deutschen Gesetzgebung im Reichsabschiede von 1654.

Zu Folge bisheriger Ausführung (§. 17—20.) haben die §§. 121 u. 122 des Reichsabschieds von 1654 zusammengenommen in Betreff der bei dem Reichscammergerichte gegen Erkenntnisse untergeordneter Gerichte vorkommender Nichtigkeitsklagen, und zur Beseitigung der besonders über ihre gesetzliche Dauer erschienenen Zweifel (§. 17.) —nachdem sie die Begriffe der als verschiedene Arten dabei angenommenen Nullitäten, jedoch unvollständig und unrichtig festzustellen gesucht hatten (§. 18—20.) — hauptsächlich verordnet, daß die sogenannten heilbaren, oder vermeintlichen Nichtigkeiten als Rechtswidrigkeiten mit der Appellation binnen ihrer Nothfristen, dagegen die sogenannten unheilbaren, oder wahren Nullitäten mit der Nichtigkeitsklage binnen 30 Jahren nach gemeinen Rechten sollen verfolgt werden können (§. 18—20.).

Wenn übrigens die bisher vorgetragene Ansicht über die im genannten Reichsabschiede enthaltene Gesetzgebung, und das daraus ent-

wickelte Ergebniß auf einem festen Grunde ruhet; so ist damit eine andere Ansicht beseitiget, welche die Nichtigkeitsklage oder Beschwerde unterscheidet, oder theilet, und entweder als ordentliches Rechtsmittel gegen die positiven, heilbaren und unheilbaren Nichtigkeiten mit Beobachtung der Appellationsformalien, und devolutiver und suspensiver Wirkung, oder als ausserordentliches Rechtsmittel gegen die blos unheilbaren, auf dem Mangel absolut wesentlicher Bestandtheile beruhenden Nichtigkeiten binnen 30 Jahren Statt finden läßt [1]).

---

1) Linde a. a. O. §. 421 u. 422. M. v. Franke a. a. O. S. 411. Das Wort: Nichtigkeisbeschwerde als Uebersetzung von: querela nullitatis ist wohl gleichbedeutend mit Nichtigkeitsklage; errinnert aber durch: Beschwerde allzusehr an die Berufung, wird manchmal zum Gegensatze der Nichtigkeitsklage, als Nichtigkeitsbeschwerde gegen soggenannte heilbare, eines solchen besonderen Verfolgungsmittels gar nicht bedürfende Nichtigkeiten (§. 19.) gebraucht, und deßhalb gern von uns vermieden.

§. 22.

Rückblick auf die verschiedenen Gesetzgebungen, und Vergleichung mit der Natur der Sache. Einige besondere Betrachtungen.

Fassen wir nun die drei verschiedenen, bisher vorgetragenen Gesetzgebungen (§. 14—21) in einem Rückblicke zusammen, und vergleichen sie mit dem, was wir früher aus der Natur der Sache selbst geschöpft haben (§. 1—13); so entwickeln sich daraus folgende Sätze:

1) Den zuerst von den Deutschen Gesetzen, aber unvollständig, oder nicht ganz richtig gegebenen Begriff von der Nichtigkeit eines Rechtserkenntnisses (§. 16—20) müssen wir aus der Natur der Sache oder der Rechtsphilosophie (§. 5) dahin ergänzen, daß dieselbe in dem Mangel eines wesentlichen Erfordernisses desselben, und in gewissem Betracht des demselben vorausgegangenen Rechtsverfahren (§. 20) bestehe.

2) Die Eintheilung der Nichtigkeiten der Rechtserkenntnisse in heilbare, und unheilbare ist, wenn gleich gewissermaßen im Deutschen Gesetze gegründet (§. 18 u. 19), unerheblich, und hat weder doctrinellen, noch practischen Werth (§. 19.). Wichtiger ist dagegen die in demselben Gesetze ausgesprochene Verschiedenheit der angeblichen oder

sogenannten von wirklichen Nichtigkeiten, und die Sonderung der ersten aus dem Bereiche der Nichtigkeitsklagen (§. 20 u. 21.).

3) So ist die schon in der Natur der Sache gegründete wichtige Verschiedenheit zwischen Rechtswidrigkeit der Rechtserkenntnisse, welche durch die Appellation unter Beobachtung ihrer Nothfristen mit devolutiver und suspensiver Wirkung verfolgt wird, und Nichtigkeit derselben, welche durch die Nichtigkeitsklage mit gewöhnlicher extinctiver Klagverjährung verfolgt wird (§. 9), durch das Deutsche Recht ausdrücklich anerkannt (§. 20 u. 21.).

4) Die Bestimmung des Römischen Rechts, daß die Nichtigkeit eines Rechtserkenntnisses sowohl im Wege der Klage, als der Einrede, und zwar im ersten Falle bei demselben, nur competenten Richter verfolgt werden könne (§. 14), daß folglich die Nichtigkeitsklage gegen Rechtserkenntnisse, wie schon die Natur der Sache gelehret hat (§. 7 9 u. 11), eine bei demselben, nur competenten Richter anstellbare Personalklage sei, hat das Deutsche ältere und neuere Recht ausdrücklich, namentlich auch dadurch, daß es dieses Verfolgungsmittel selbst für eine Klage, und zwar eine mit dem Ablaufe von 30 Jahren verjährbare Klage erkennt, bestätiget (§. 16 u. 20).

5) Das Deutsche sowohl ältere als neuere Recht gestattet aber die Nichtigkeitsklage nicht blos bei demselben Richter, wie die Natur der Sache, und das Römische Recht bestimmen (§. 11 u. 14), und das Deutsche ältere und neuere Recht anerkennt (§. 16 u. 20), sondern auch bei dem höheren Richter, wie wir Beides zum Theil schon aus der bisherigen Forschung (§. 16 — 21) ersehen haben, aber noch viel deutlicher erkennen werden, wenn wir die Statthaftigkeit der Nichtigkeitsklage bei den Reichsgerichten gegen Erkenntnisse der denselben untergeordneten Gerichte, selbst der Oberappellationsgerichte inappellabler Länder (§. 23. u. 24), und der Nichtigkeitsverfolgung gegen die eigenen Erkenntnisse der Reichsgerichte selbst (§. 25), noch in eine besondere und nähere Erwägung ziehen [1]).

---

1) Es möchte sonderbar scheinen, daß wir hier soviel von den längst verschwundenen Reichsgerichten reden. Aber es fragt sich hier sehr, was bei ihnen während des Bestandes des Deutschen Reichs in Bezug auf Nichtigkeitsklagen gegen Rechtserkenntnisse gesetzlich gegolten hat, und nun entweder überhaupt noch gilt, oder an dessen Stelle getreten ist. M. v. die Einleit. u. §. 16.

§. 23.

Die Nichtigkeitsklage bei den Reichsgerichten gegen Erkenntnisse untergeordneter Gerichte.

Veranlaßt durch den häufigen Gebrauch der Nichtigkeitsverfolgung im Wege der Appellation an das Reichscammergericht, wodurch die Nichtigkeitsklage, ohne selbst ein devolutives Rechtsmittel zu sein, mit der Appellation an das Reichsgericht gezogen worden ist, und ungeachtet des schon damals erkannten Unterschieds zwischen Iniquität und Nullität, zwischen Appellation und Nullitätsquerel haben die älteren Cammergerichtsordnungen bei diesem Gerichte die Letzte gegen Erkenntnisse der demselben untergeordneten Gerichte, besonders in Verbindung mit der Appellation, aber auch ohne solche, also selbstständig, zugelassen (§. 16). Offenbar hat damit, vorausgesetzt, daß die für das Cammergericht gegebene gesetzliche Bestimmung auch für den später errichteten Reichshofrath Gesetzkraft hatte [1]), das ältere Deutsche Recht die Nichtigkeitsklage bei den Reichsgerichten gegen Erkenntnisse der denselben untergeordneten Gerichte zugelassen, indem die mit der Nichtigkeitsklage verbundene Appellation ein solches Erkenntniß nothwendig unterstellte. Eben diese bald nach Errichtung des Reichscammergerichts geübte Cumulation der Nullitätsquerel mit der Appellation, von der die älteren Deutschen Gesetze zuerst, und vor der selbstständigen Nullitätsquerel reden (§. 16), mag wohl die Veranlassung dazu gegeben haben, daß überhaupt Nullitätsklagen gegen Erkenntnisse der oberen Landesgerichte bei dem Cammergerichte, als dem höheren und obersten Reichsgerichte, und zwar gegen die Bestimmung des Römischen, aber nach dem Beispiele des canonischen Rechts (§. 14 u. 15), zuerst in der Praxis, und später gesetzlich, zugelassen worden sind. Die C. G. O. von 1521 Tit. 21 §. 1 scheint darauf hinzudeuten.

Das neuere Deutsche Recht, durch den Reichsabschied von 1654 §. 121 u. 122 geschaffen, ist in dem einmal gebahnten Wege fortgewandelt. Wir haben gesehen, daß das häufige Anwachsen der Appellationen am Cammergerichte, und das viele Disputiren, ob eine sententia nulla oder iniqua vorliege, was wegen Beobachtung der Nothfrist, oder Verjährungszeit erheblich war, die Veranlassung, und die Abschneidung jenes Uebels die Absicht dieser Gesetzgebung war, welche demgemäß bestimmte, was

wirkliche, oder nur vermeintliche Nullitäten, und in welcher Zeit jene und diese, folglich auch durch welche Mittel sie zu verfolgen seien (§. 17—21.). Es war also auch hier wieder die Rede von Nichtigkeitsklagen, welche gegen Erkenntnisse untergeordneter Gerichte, und zwar ohne Unterschied, ob sie in Verbindung mit der Appellation, oder selbstständig vorgebracht waren, an das oberste Gericht gelangt waren. Von diesem Unterschiede konnte hier um so weniger mehr die Rede sein, als das ältere Deutsche Recht hierüber bemerktermaßen schon entschieden hatte, und wenn die Nichtigkeitsklage mit der Appellation beim Gerichte zuläßig war, sie nothwendig auch ohne dieselbe zuläßig sein mußte, weil ohne diese Zuläßigkeit die Cumulation mit der Appellation selbst unzuläßig gewesen wäre.

Diesem zufolge hat sowohl das ältere, als das neuere Deutsche Recht die Nichtigkeitsklage gegen Erkenntnisse untergeordneter Gerichte bei den Reichsgerichten, also überhaupt die Nichtigkeitsklage gegen Rechtserkenntnisse auch bei dem höheren Richter als statthaft erkannt. Wenn dagegen eingewendet wird [2]), daß die Stellung der höchsten Reichsgerichte, welche sie befugten, Nichtigkeitsklagen gegen Urtheile Deutscher Landesgerichte anzunehmen, durchaus singulär gewesen sei, und nicht habe exemplificirt werden können; so spricht man damit sowohl den älteren Deutschen Gesetzen, als besonders dem angeführten Reichsabschiede alle Gesetzkraft für das Rechtsverfahren bei den Deutschen Landesgerichten ab, welche doch während des Bestandes des Deutschen Reiches nicht bezweifelt worden ist, und auch jetzt nicht bestritten werden kann (§. 16).

Werfen wir, nachdem wir die Statthaftigkeit der Nichtigkeitsklage bei den Reichsgerichten gegen Erkenntnisse untergeordneter Gerichte nach den Deutschen Gesetzen nachgewiesen haben, noch einen Blick auf das Verfahren bei derselben; so finden wir, daß darüber schon die älteren Deutschen Gesetze eine bestimmte Anordnung getroffen haben. Nichtigkeitsklagen für sich, oder in principaler Verbindung mit der Appellation bei dem Reichscammergerichte vorgebracht, sollen nicht, wie die Appellationen nach erkannten Processen in dem gesetzlich bestimmten Laufe derselben, sie sollen vielmehr wie andere Klagen, wie Sachen simplicis querelae, in dem gewöhnlichen Citationsprocesse, nur mit Erlassung von Compulsorialien zur Herausgabe der beim untergeord-

neten Gerichte verhandelten Acten, behandelt werden [3]). Wir finden hier das Verfahren bei der Nichtigkeitsklage im Citationsproceſſe dem Verfahren im Appellationsproceſſe (hier werden Appellationsproceſſe erkannt, wogegen dort der Beklagte zur Verantwortung vorgeladen wird) entgegen geſetzt, und damit nicht allein dasjenige, was wir über das Verfahren bei der Nichtigkeitsklage früher nach der Natur der Sache bemerkt haben (§. 12), geſetzlich anerkannt, ſondern auch den deutlichſten Beweis, daß auch nach Deutſchen Geſetzen die bei den Reichsgerichten gegen Erkenntniſſe untergeordneter Gerichte angeſtellte Nichtigkeitsklage kein proceſſualiſches, oder devolutives Rechtsmittel, ſondern eine blos perſönliche Klage ſei, wie ſchon die weſentliche Eigenſchaft der Verjährbarkeit mit 30 Jahren, im Gegenſatze der mit dem Ablaufe der Nothfriſt eintretenden Rechtskraft bei der Appellation, zureichend nachgewieſen hat (§. 20). So haben auch die Deutſchen Geſetze die Nichtigkeitsklage für das, was ſie ihrer Natur nach iſt (§. 9), erkannt, und, ohne ſie zu einem devolutiven Rechtsmittel zu ſtempeln, dennoch die Statthaftigkeit derſelben bei den Reichsgerichten gegen Erkenntniſſe untergeordneter Gerichte geſetzlich ausgeſprochen.

---

1) v. Berg reichsger. Verfaſſ. u. Praxis §. 22.

2) Heffter a. a. O. S. 517.

3) C. G. O. v. 1555. Th. 3. Tit. 34. u. Concept z. C. G. O. v. 1613 Th. 3. Tit. 40. §. 3. „Wo aber von vrtheilen nit appellirt, ſondern auff die nullität principaliter und allein geklagt würde, ſoll derſelben halber in extraordinariis, wie in andern dergleichen Sachen ſimplicis querelä, fürgefahren und procedirt werden“. v. Röder a. a. O. §. 43. Tafinger Inst. Jurispr. Cam. §. 969 et 974. Pütter Nov. Epit. §. 218. v. Berg a. a. O. §. 327.

§. 24.

Selbſt der Oberappellationsgerichte inappellabler Länder.

Was wir eben (§. 23) vorgetragen, erhält eine merkwürdige Beſtätigung dadurch, daß bei den Reichsgerichten ſelbſt gegen die Erkenntniſſe der Deutſchen Oberappellationsgerichte ſogenannter inappellabler Länder die Nichtigkeitsklage Statt gefunden hat.

Dieſe in Ländern, welche ſich des privilegii de non appellando erfreuten, angeordneten Oberappellationsgerichte waren Landesgerichte,

wie die für die Appellationssachen geordneten Hofgerichte; wie diese mit dem Lande Kaiser und Reich unterworfen, also auch den Reichsgerichten untergeordnet; nur mit dem Unterschiede, daß sie für die von den Hofgerichten ergriffenen, sonst an die Reichsgerichte gehörigen Oberappellationen und deren Entscheidung bestellt waren, und in diesen, aber auch nur in diesen die Stelle der Reichsgerichte vertraten. Diese Unterordnung haben die privilegia de non appellando auf keine Weise aufgehoben, welche nur die sonst an die Reichsgerichte gelangenden Appellationen von den hofgerichtlichen Entscheidungen an die im Lande selbst dafür bestellte Oberappellationsgerichte verwiesen. Zwar soll in den Privilegien der Landgrafen von Hessen die Nullitätsklage ausdrücklich erwähnet, und den verbotenen Appellationen gleichgestellt gewesen sein in den Worten: „Und darüber weder zu appelliren, oder zu reduciren, Nullitäts-Klag oder einig ander Provocationsmittel, wie es immer gedacht oder genannt werden möge, zuzulassen“ [1]). Man hat diese Nullitätsklage aber um so mehr auf die sogenannte nullitates sanabiles des §. 121 des Reichsabschiedes (§. 19) bezogen, und beschränkt, als sie durch die Worte der Privilegien den Provocationsmitteln beigezählet worden ist, was nur von jenen angeblichen Nullitäten gelten kann (§. 19.), auch Privilegien eine ausdehnende Erklärung nicht zulassen [2]). So haben die Reichsgerichte, besonders das Reichscammergericht, die Nichtigkeitsklage gegen Urtheile der höchsten Justizbehörden der Reichsstände, auch wenn diese ein illimitirtes Appellationsprivileg besaßen, unbedenklich angenommen, und sogar über die Hauptsache, wenn anderst die Qualität derselben ihre Competenz zuließ, sonst aber z. B. in peinlichen oder geistlichen Sachen, nur über die Nichtigkeit entschieden [3]).

In dem eben ausgeführten Verhältnisse möchten wir einen neuen Beweis dafür finden, daß die bei den Reichsgerichten gegen Erkenntnisse untergeordneter, oder Landesgerichte statthafte Nichtigkeitsklage keine Provocation, kein devolutives Rechtsmittel, sondern eine wirkliche Klage sei. Die Privilegien de non appellando waren ja eben gegen die Provocation, und gegen die Devolution der Sachen ausdrücklich gerichtet, damit also jedes devolutive Rechtsmittel ausgeschlossen. Nicht als ein solches, nur als eine Klage konnte die Nichtigkeitsklage gegen Erkenntnisse der Oberappellationsgerichte in den sogenannten

inappellablen Ländern bei den Reichsgerichten Statt finden und dadurch die eben ausgeführte Befugniß der Reichsgerichte, über Nichtigkeiten selbst in peinlichen und geistlichen Sachen, in welchen eine Devolution, oder ein devolutives Rechtsmittel gar nicht zuläßig war, zu erkennen, gerechtfertiget werden.

---

1) Corp. Jur. Cam. P. I. 231. Imm. Weber de licito per Quer. Null. ad summ. Imp. Dicast. recursu p. 71. Kopp in der Hessen-Cassel. Gerichtsverf. S. 437 erwähnet der Nullitätsklage nicht.

2) Weber l. c. p. 84.

3) M. de Ludolf Comm. Syst. de Jure Cam. S. 1. §. 14. n. 3—7. Tafinger l. c. §. 668—672. Pütter Nov. Epit. §. 217. v. Berg a. a. O. §. 326. Jordan Lehrb. d. allg. u. deutsch. Staatsrechts S. 208. Claus a. a. O. S. 2.

§. 25.

Die Nichtigkeitsverfolgung bei den Reichsgerichten gegen ihre eigenen Erkenntnisse.

Erkenntnisse des Reichscammergerichts konnten nach dem Reichsabschiede v. 1532 Tit. 3. §. 17 [1]) als nichtig angefochten werden, welches eine Revision der Sache zur Folge hatte. Durch die C. G. O. v. 1555 Th. 3. Tit. 53 u. f. (Conc. d. C. G. O. v. 1613 Tit 63)[2]) wird das Nämliche noch ausführlicher und bestimmter wiederhohlet. In derselben wird überdies §. 10 [3]) sehr bestimmt die Nichtigkeitsverfolgung gegen cammergerichtliche Erkenntnisse zur Erwirkung einer Revision von der Syndicatsklage selbst unterschieden, und jene im Revisionswege (gegen den Imploraten oder Beklagten), wie diese gegen die Urtheiler selbst gestattet. Die Reichshofrathsordnung v. 1654 Art. 5. §. 7 gestattet ausdrücklich gegen Erkenntnisse dieses Gerichts die Nichtigkeitsverfolgung (viam nullitatis) und zwar durch Supplication an den Kaiser pro revisione (§. 16. Num. 3.). Offenbar konnten hiernach Nichtigkeiten der reichsgerichtlichen Erkenntnisse bei den Reichsgerichten selbst verfolgt, die Nichtigkeitsverfolgung selbst aber nur im Wege und unter der Form der Revision, folglich der Sache und der Wirkung, wenn auch nicht dem Namen nach, gleich der Nichtigkeitsklage, geltend gemacht werden.

Wenn übrigens mehre Schriftsteller [4]) behaupten, daß bei den Reichsgerichten das sogenannte remedium nullitatis gegen Erkenntnisse

untergeordneter Gerichte, aber nicht gegen ihre eigenen Erkenntnisse Statt gefunden habe; so ist das wohl nur ein unnützer Wortstreit. Die Nichtigkeitsklage als solche, und unter dem Namen der Nullitätsquerel mag gegen die Erkenntnisse der Reichsgerichte nicht Statt gefunden haben, oder nicht vorgekommen sein, weil eines Theils bei der äußerst ausführlichen und genauen Dijudicatur, welche bei denselben, besonders dem Cammergerichte üblich war, Nichtigkeiten bei ihnen wohl selten erschienen sind, anderen Theils wirklich vorgekommene Nichtigkeiten nicht unter der unwillkommenen Firma der Nichtigkeitsklage verfolgt zu werden brauchten, weil sie unter der viel gefälligeren der Revision verfolgt werden konnten. Das Gesetz sprach für die Sache selbst, nur in einer milderen Form, und so war im Grunde den Anforderungen der Gerechtigkeit genüget.

---

1) v. Röder a. a. O. S. 41.
2) das. S. 44.
3) das. S. 48.
4) Anmerkungen zum Cod Jur. Bav. jud. S. 365. Gönner a. a. O. S. 472. und die daselbst angeführten Schriften.

§. 26.

Ergebniß der bisherigen Forschung.

Wir können nunmehr das Ergebniß unserer bisherigen, auf die verschiedene Gesetzgebungen über die Nichtigkeitsklage gegen bürgerliche Rechtserkenntnisse im Vergleich gegen die Natur der Sache gerichteten Forschung (§. 14—25) in folgende Sätze zusammenfassen:

1) In Bezug auf den Begriff der Nichtigkeit, das Wesen und die Dauer der Nichtigkeitsklage ergiebt sich,

1) daß die Nichtigkeit eines Rechtserkenntnisses durch den Mangel wesentlicher Erfordernisse desselben erzeugt, und durch die Nichtigkeitsklage verfolgt wird, im Gegensatze der Rechtswidrigkeit desselben (wohin auch die sogenannte, oder angebliche Nullität gehöret), welche durch die Appelation verfolgt wird (§. 22), und

2) daß die Nichtigkeitsklage eine blos persönliche Klage ist, welche während 30 Jahren angestellt werden kann, und mit Ablauf derselben verjähret wird (§. 22).

II) In Bezug auf den Gerichtsstand der Nichtigkeitsklage hingegen ergiebt sich,

1) daß die Statthaftigkeit der Nichtigkeitsklage bei demselben Richter nach Römischem Rechte, durch das Deutsche Recht nicht aufgehoben (§. 20 u. 22), vielmehr von demselben durch das Anerkenntniß der Nichtigkeitsklage als einer persönlichen, mit 30 Jahren verjährbaren Klage (§. 20 u. 22), und durch modificirte Zulassung derselben bei den Reichsgerichten gegen die eigenen Erkenntnisse dieser Gerichte (§. 25) bestätiget worden, und

2) daß die Statthaftigkeit der Nichtigkeitsklage bei dem höheren Richter, ungeachtet der eben bemerkten Anerkennung der Eigenschaft derselben als persönlichen Klage, durch das Deutsche Recht dadurch ausgesprochen worden ist, daß dasselbe bei den Reichsgerichten Nichtigkeitsklagen gegen Erkenntnisse demselben untergeordneter Gerichte zugelassen hat (§. 23 u. 24).

Wir bemerken hierbei, daß die Statthaftigkeit der Nichtigkeitsklage bei dem höheren Richter zwar der Natur der Sache nicht angemessen (§. 11), aber doch auch ihr nicht gerade zuwider, zwar unnatürlich, aber nicht naturwidrig sei. Das positive Deutsche Recht hat hier, vielleicht durch die Beispiele im canonischen Rechte veranlasset (§. 15), dem Naturrechte Etwas, wie so oft geschehen oder geschieht, hinzugesetzt, ohne dieses aufzuheben, so daß beide Bestimmungen als gesetzkräftig neben einander, ohne sich gegenseitig zu beeinträchtigen, und ohne das Wesen der Nichtigkeitsklage selbst zu verändern, bestehen. — Daß übrigens durch diese Zulassung der Nichtigkeitsklage bei dem höheren Richter dieselbe nicht devolutiv, oder gar ein devolutives Rechtsmittel geworden sei, leuchtet von selbst, und klar in die Augen. Sie ist nicht devolutiv geworden, oder hat keine Devolutivkraft erhalten, weil sie nicht nothwendig bei dem höheren, sondern eben so gut bei demselben Richter angestellt werden kann. Sie ist auch kein devolutives Rechtsmittel geworden, weil sie als persönliche Klage bei demselben Richter angestellt, und mit dem Ablaufe von 30 Jahren verjähret wird, und ein devolutives Rechtsmittel mit der dreißigjährigen extinctiven Verjährung — ein juristisches Unding ist.

§. 27.

Endliche Feststellung des Gerichtsstandes der Nichtigkeitsklage. Wahlrecht des Klägers.

Wenn die Nichtigkeitsklage gegen Rechtserkenntnisse in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten nach gemeinem Römischdeutschem Rechte sowohl bei demselben Richter, von welchem das als nichtig angefochtene Erkenntniß ertheilet worden, als bei dem höheren Richter desselben angestellt werden kann, was wir als das endliche Resultat unserer bisherigen Forschung (§. 14—26) nunmehr festgestellt, und nicht mehr bestreitbar ansehen; so hat der Kläger offenbar die Wahl zwischen beiden Wegen, die Nichtigkeit des Erkenntnisses zu verfolgen. Als bloße Schlußfolge gesetzlicher Bestimmungen kann dieses Wahlrecht des Klägers einer näheren Begründung nicht mehr bedürfen. Dieser ausgeführtermaßen gesetzlich begründeten Meinung huldigen die bei weitem meisten Rechtsgelehrte [1]), und sie ist daher die gemeine Meinung in Ansehung der Rechtsfrage, bei welchem Richter die Nullitätsklage gegen ein Erkenntniß in bürgerlichen Rechtssachen anzustellen sei [2]).

Wenden wir nun dieses Ergebniß auf die in Rücksicht der verschiedenen Stellung der Gerichte verschiedene Arten gerichtlicher Erkenntnisse an; so sind diese entweder untergerichtliche, oder obergerichtliche, oder endlich oberstrichterliche Erkenntnisse, da ausgeführtermaßen jedes gerichtliche Erkenntniß, im Allgemeinen und ohne Unterschied, eines Mangels wesentlicher Erfordernisse, also auch einer Nichtigkeit fähig ist (§. 5.). Daß bei untergerichtlichen und obergerichtlichen nichtigen Erkenntnissen das Wahlrecht des Klägers Anwendung finde, weil bei beiden ein höherer ordentlicher Richter vorhanden, leuchtet eben so sehr ein, als daß dasselbe bei dem oberstgerichtlichen Erkenntnisse, wo ein solcher höherer ordentlicher Richter nicht vorhanden, keine Anwendung finden könne. Die Folge des Letzten ist dann, daß gegen ein nichtiges oberstrichterliches Erkenntniß die Nichtigkeitsklage bei demselben obersten Gerichte allein angebracht werden könne [3]), keineswegs aber, was ein sehr unlogischer Schluß wäre, daß gegen ein solches nichtige oberstrichterliche Erkenntniß gar keine Nichtigkeitsklage Statt finden könne.

---

1) Den von Gönner a. a. O. S. 457 angeführten, dieser Meinung beipflichtenden Rechtslehrern sind noch beizufügen: Hofacker Princ. Jur. Civ.

Rom. Germ. §. 4549. v. Almendingen a. a. O. S. 322 n. 323. Grollmann a. a. O. S. 219. Thibaut Syst. d. Pand. R. B. 3. §. 1253. Linde a. a. O. §. 420. Bayer Vorträge über den gem. ord. Civilproc. S. 524. v. Röder a. a. O. S. 153. Die das Wahlrecht vertheidigende gemeine Meinung hat nicht blos die Gesetzgebung, sondern auch die Gesetzgebungsklugheit für sich, weil sie die Bedenklichkeiten zum Theil beseitiget, welche die Beschränkung der Nichtigkeitsklage auf einen einzigen Richter nach sich zieht, und die Fälle denkbar sind, wo es von besonderem Interesse sein kann, die Klage entweder bei demselben, oder bei dem höhern Richter anzustellen.

2) Um beispielsweise nur eine Meinung eines älteren Juristen über diese Rechtsfrage hier näher anzuführen, bemerken wir, daß schon Vantius noch vor dem Reichsabschiede von 1654, nachdem er diese Rechtsfrage eine sehr alte Streitfrage genannt hat, die Lösung derselben durch mehre Distinctionen versucht, ob nehmlich die Nichtigkeitsklage ein Decret oder Erkenntniß vor dem Endbescheide, oder diesen selbst betreffe, ob sie mit der Appellation verbunden werde, oder selbstständig, vor dem ordentlichen oder delegirten Richter, principaliter oder incidenter vorgebracht werde, daß er sie in den meisten Fällen für zuläßig und statthaft bei demselben Richter hält, jedoch auch dem Kläger die Wahl läßt, dieselbe bei diesem oder dem höheren Richter anzubringen, das Letzte besonders dann, quando nullitas per injuriam ac malitiam seu sordes ipsius judicis primi proveniret, weil dann nicht wahrscheinlich sei, daß der Richter seine eigene Schande bekennen werde. (Tot. Tit. III.)

3) Linde a. a. O. §. 420. N. 2.

§. 28.

Gegentheilige Meinung.

Für die entgegengesetzte Meinung, daß die Nichtigkeitsklage nur allein bei dem höheren Richter angebracht werden könne, werden besonders Tafinger, Pütter und Gönner angeführt. Tafinger führt die Nullitätsquerel als ein zweites Provocationsmitel nach der Appellation auf [1]), spricht von solchen Klagen, welche beim Reichscammergerichte gegen Erkenntnisse untergeordneter Richter angestellt werden [2]), und bemerkt dabei, daß eine solche Provocation eine devolutive Wirkung in Absicht auf materielles Erkenntniß nur allein in causis a camerae jurisdictione non exemtis, keineswegs aber in causis ad camerae jurisdictionem et cognitionem non spectantibus habe [3]), und daß die Nullitätsquerel am Cammergerichte in dem gewöhnlichen Citationsprocesse verhandelt werde [4]). In dieser Lehre suchen wir vergebens die Thesis, daß die Nichtigkeitsklage gegen Erkenntnisse der dem Cammer-

gerichte untergeordneten Richter nur allein bei diesem Reichsgerichte angebracht werden könne, und daß dieselbe im Allgemeinen ein devolutives Rechtsmittel, und als solches nothwendig und ausschließlich bei dem höheren Richter angebracht werden müsse. Wie hätte Tafinger dieses auch nur sagen können, nachdem er behauptet hatte, daß die Nullitätsquerel auch in den Sachen, welche der cammergerichtlichen Jurisdiction gar nicht unterlagen, z. B. in peinlichen oder geistlichen Sachen, wo eine Devolution gar nicht denkbar war, Platz greife, und daß sie im Citationsprocesse, also als Klage verhandelt werde? Der Lehre Tafinger's können wir füglich die des älteren Cameralisten Decker [5]) an die Seite stellen, nach welcher die Nullitätsquerel, wenn sie mit der Appellation, dem eigentlichen devolutiven Rechtsmittel, verbunden wird, vor dem Appellationsrichter, im Gegenfalle aber nach der Wahl des Klägers vor demselben Richter, welcher nichtig erkannt hat, oder dem höheren Richter anzubringen ist. Beide Lehren können recht füglich, ohne sich einander zu beeinträchtigen, neben einander bestehen, sich vielmehr einander berichtigen und ergänzen, und so die gemeine Meinung (§. 27) noch unterstützen. Auch Pütter, welcher unter den remediis devolutivis citra appellationem zuerst die Nullitätsquerel abhandelt [6]), spricht von der beim Cammergericht gegen Erkenntnisse eines untergeordneten Richters anzustellenden Nichtigkeitsklage [7]), bemerkt aber dabei ausdrücklich, daß die praescriptio triginta annorum dieselbe, uti quamlibet aliam actionem personalem peremire [8]), und daß sie nicht als remedium devolutivum gegen Sentenzen untergeordneter Richter, sondern vielmehr als actio contra magistratum nulliter procedentem anzusehen sei [9]), endlich daß sie am Cammergerichte wie jede andere causa simplicis querelae im Citationsprocesse behandelt werde [10]). Ist dieser, offenbar für die gemeine Meinung (§. 27) sprechenden Bemerkungen ungeachtet, blos darum die Nichtigkeitsklage ein devolutives Rechtsmittel, weil Pütter sie unter die Lib. IX behandelte remedia devolutiva citra appellationem, und zwar als das erste im Cap. I classificirt hat? Oder — ist sie nach dieser Classification ein devolutives Rechtsmittel, welches eben darum nur bei dem höhren Richter verfolgt wird, oder nach dem Texte eine Personalklage, welche bei demselben Richter angestellt wird? Als eine solche hat Pütter sie an einem anderen Orte [11]) ausdrücklich aner-

kannt. So dürfen wir wohl die beiden Rechtslehrer Tafinger und Pütter viel eher für die gemeine Meinung (§. 27) als für die gegentheilige anrufen.

Mit einem größeren Aufwande vermeintlicher Gründe hat dagegen Gönnner in einer eigenen Abhandlnng: "Ueber die Devolutivkraft der Nullitätsklage" [12]) diese gegentheiliche Meinung zu verfechten gesucht. Prüfen wir dieselben im Einzelnen!

Ein von einem Gerichte, seis aus Absicht, oder nur aus Versehen gefälltes nichtiges Erkenntniß kann nicht wohl der nochmaligen Dijudicatur desselben Gerichtes, besonders eines Einzelrichters, dnrch die bei demselben angestellte Nichtigkeitsklage unterworfen werden. Das Gericht müßte über seine eigene Fehler urtheilen, seine eigene Fehler bekennen. Die Analogie des bei der Appellation geltenden Grundsatzes: Judex semel gravans, semper gravare praesumitur spricht nicht für eine unbefangene Prüfung eigener Fehler, und führet die Nothwendigkeit herbei, daß nur bei dem höheren Richter die Nichtigkeitsklage zur Prüfung und Entscheidung vorgebracht werden kann. So scheinet allerdings die gegentheilige Meinung natürlich begründet. Dieser Schein verdeckt aber nur die unstatthafte Anwendung der von der Appellation geltenden Grundsätze auf die Nullitätsquerel, zwei ihrer Wesenheit nach ganz verschiedene rechtliche Mittel, und den daraus gezogenen falschen Schluß, daß auch die Nichtigkeitsklage, wie die Appellation, ein devolutives Rechtsmittel sein müsse. Warum soll von dem Richter eher Starrsinn, und Festhalten eines früheren Ausspruches, als nachgiebige Bereitwilligkeit zur besseren Erkenntniß, und zum freimüthigen Bekenntnisse eines nachgewiesenen Versehen oder Irrthums zu vermuthen sein? Warum soll der Richter über eine dargethane Nichtigkeit seines Erkenntnisses nicht urtheilen können, da es doch Fälle giebt, wo selbst ein Untergericht über die von einem Obergerichte begangene Nichtigkeit, oder ein Gericht über eigene noch viel gröbere Fehler, als Nichtigkeiten sind, urtheilen muß, wie das Erste bei der exceptionsweisen Verfolgung eines zum Klaggrunde gebrauchten nichtigen obergerichtlichen Erkenntnisses, und das Letzte bei der Syndicatsklage gegen ein Gericht selbst, welches den Streit sich zu eigen gemacht hat, geschieht? Damit haben wir wohl dasjenige widerlegt, was Gönner zur Unterstützung seiner Meinung aus der Natur der Sache und Rechtsanalogie angeführt zu haben behauptet [13]).

Aber auch Gesetze hat Gönner für seine Meinung angeführet. Selbst das Römische Recht soll die Nichtigkeitsklage an den oberen Richter verwiesen haben. Dieses soll in L. 6 C. quando prov. n. e. necesse (7.46) deutlich ausgesprochen sein [14]). Aber es ist in diesem Gesetze von einem Ausspruche die Rede, welchen ein judex a praeside provinciae datus nicht an dem von diesem bestimmten, sondern an einem anderen Tage gefällt hatte, und statt diesen unnützer Weise durch Appellation zu verfolgen, soll der praeses provinciae ex integro über die Sache erkennen. Wir haben früher (§. 14) nachgewiesen, daß nach Römischem Rechte die Rescission eines nichtigen Urtheils bei demselben Richter, er mochte nun selbst, oder durch einen Stellvertreter (per judicem datum) dasselbe ertheilt haben, geltend gemacht werde, weil der judex dans und datus nach jenem Rechte für eine Person geachtet wurden. Das angeführte Gesetz spricht also gerade für die gemeine Meinung.

Nach der C. G. O. v. 1521 Tit. 21 §. 1 soll die Nullitätsklage nur allein in Verbindung mit der Appellation beim Cammergerichte, also dem höhereu Richter angebracht werden können [15]). Diese Stelle spricht aber lediglich von dem Falle einer Cumulation der Nichtigkeitsklage mit der Appellation, in welchem die Letzte natürlich die Erste mit sich an den höheren Richter ziehen mußte; sie spricht aber nicht von der Nothwendigkeit einer solchen Verbindung beider Mittel. Dieses wird noch bestärkt durch die weiter angezogene C. G. O. v. 1523 Tit. 5 §. 6 u. 7 [16]), welche dasselbe, nur mit dem Zusatze enthält, daß die Nullitätsklage auch allein vorgebracht werden könne. Beide Gesetzstellen zusammengehalten, wird es schwer zu begreifen, wie aus ihnen der Satz, daß die Nichtigkeitsklage nur allein mit der Appellation habe vorgebracht werden können, abzuleiten gewesen sei. Eben so gewagt ist der Schluß aus dem angeführten Zusatze, daß die allein vorgebrachte Nullitätsklage zur ausschließenden Gerichtsbarkeit des Oberrichters gehöre, als wenn aus dem: Können nothwendig auch das: Müssen folge. Wir dürfen uns hier lediglich auf die frühere Durchforschung der älteren Deutschen Gesetzgebung (§. 16) beziehen.

Die C. G. O. v. 1555 Th. 3 Tit. 34 und das Concept v. 1613 Th. 3 Tit. 40, als aus den älteren Ordnungen geflossen, hat Gönner auf gleiche Weise [17]), aber mit eben so wenigen Glücke, wie ihre Quellen, für seine Meinung angezogen.

Endlich soll auch der Reichsabschied von 1654 §. 121 u. 122 selbst diese Meinung noch unterstützen. In der Absicht, den Streit über Nullität und Iniquität zu beenden, soll er Alles auf die neue Eintheilung der Nichtigkeiten in heilbare und unheilbare zurückgeführt, beide einander gleichgestellt, die heilbaren Nullitäten zur ausschließenden Gerichtsbarkeit des höheren Richters verwiesen, und zwischen beiden nur den einzigen Unterschied aufgestellt haben, daß die Klage über heilbare Nullitäten auf das Appellationsfatale eingeschränkt sein, bei unheilbaren Nichtigkeiten aber die Klage binnen 30 Jahren Statt finden solle. Der Reichsabschied soll nur hierin allein einen Unterschied, sonst aber, namentlich darin, daß beide Klagen bei dem höheren Richter angebracht werden müssen, keinen Unterschied gemacht haben [18]). Dieser flüchtigen, einer vielfachen Berichtigung bedürftigen Ausbeutung der beiden Absätze des Reichsabschiedes dürfen wir wohl getrost unsere genauere Zerkliederung, und historische Erläuterung derselben (§. 17 — 21) als Widerlegung entgegenstellen, und nur noch bemerken, daß, wenn der binnen der zehntägigen Nothfrist zu gebrauchenden heilbaren Nichtigkeitsklage oder Appellation gegenüber, die unheilbare Nullitätsklage binnen 30 Jahren angestellt werden kann, dadurch von selbst, und durch diesen Unterschied schon allein die Natur der Letzten als persönlichen Klage deutlich anerkannt worden sei, welcher als solcher eine nothwendige Devolutivkraft, wie Gönner ihr erkämpfen will, unmöglich ankleben kann.

So haben wir wohl Alles, was Gönner für die gegentheilige Meinung aufgeboten hat, zureichend widerlegt, und können schließlich nicht übergehen, daß dieser geachtete Proceßlehrer die Schwäche seiner Theorie am Ende noch dadurch anzuerkennen scheinet, daß er als Auskunftsmittel eine neue Distinction aufstellt, und die wahre oder eigentliche Nichtigkeitsklage nach der Analogie der Appellation bei dem höheren Richter, die uneigentliche aber nach der Analogie der Restitution bei demselben Richter angestellt wissen will [19]).

---

1) l. c. §. 627 et 662. 2) §. 667 fgg. 3) §. 671 et 672. 4) §. 971 fgg. 5) Monum. Lect. Cam. p. 352. 6) Nov. Ep. Lib. IX. Cap. I. 7) l. c. §. 214 fgg. 8) §. 216. 9) §. 217. 10) §. 218. 11) Opusc. p. 300. 12) a. a. O. S. 456. 13) S. 459 — 461. 14) S. 465. 15) S. 466. 16) S. 467. 17) S. 468. 18) S. 470. 19) S. 486.

§. 29.

Gegentheilige Particulargesetzgebung.

Bei dem Dunkeln und Bestrittenen, was seit lange über der Lehre von der Nichtigkeitsklage waltet (§. 9), ist es einigermaßen erklärlich, wenn in einem einzelnen Deutschen Lande die Particulargesetzgebung, oder die Praxis der Gerichte von den bisher nachgewiesenen gesetzlichen Bestimmungen (§. 14 — 27) sich entfernet, und der eben geprüften Meinung weniger Rechtsgelehrten, daß die Nichtigkeitsklage nur allein bei dem höheren Richter angestellt werden könne [1]) (§. 28), sich zuwendet. Beide Fälle erfordern eine besondere Behandlung.

Spricht sich die Proceßgesetzgebung eines Deutschen Landes dahin aus, daß die Nichtigkeitsklage gegen bürgerliche Rechtserkenntnisse nur bei dem höheren Richter angebracht werden könne; so wird in der Anwendung dieser gesetzlichen Bestimmung auf die früher (§. 27) bemerkte Verschiedenheit der Rechtserkenntnisse zurück zu sehen sein. In Bezug auf untergerichtliche und obergerichtliche, als nichtig angefochtene Erkenntnisse wird das Gesetz volle Anwendung finden, weil deßfalsige Nichtigkeitsklagen bei dem obern oder obersten Gerichte angestellt werden können; wohingegen auf Nichtigkeitsklagen gegen oberstgerichtliche Erkenntnisse das Gesetz gar nicht angewendet werden kann, weil ein höherer ordentlicher Richter hier gar nicht vorhanden ist. Wie kann einem Gesetze ein nicht vorhandener Fall, oder ein Fall, dem die wesentliche Bedingung desselben fehlet, subsumiret werden? — Wenn die Particulargesetzgebung eines Landes auf den Fall einer Nichtigkeitsklage gegen ein oberstrichterliches Erkenntniß gar nicht anwendbar, oder was dasselbe, wenn für diesen Fall das Gesetz gar nicht gesprochen hat, also für denselben kein Gesetz vorhanden ist; so wird nothwendig die gesetzliche Bestimmung des gemeinen Rechts eintreten, daß die Nichtigkeitsklage bei demselben obersten Gerichte angebracht werden kann und muß. Oder soll als Folge einer solchen Gesetzgebung gegen oberstrichterliche Erkenntnisse gar **keine** Nichtigkeitsklage Statt finden? — Wir werden auf diese Folge und Frage in der dritten Abtheilung dieser Abhandlung, wo von der Nichtigkeitsklage gegen bürgerliche oberstrichterliche Erkenntnisse ausführlich geredet werden wird, zurückkommen.

1) Die Ausdrücke, daß die Nichtigkeitsklage ein devolutives Rechtsmittel sei, oder nur als ein devolutives Rechtsmittel geltend gemacht werden könne, noch zu gebrauchen, können wir uns nach dem Resultate unserer bisherigen Forschung (§. 26.) nicht überwinden. Ein Rechtsmittel ohne Nothfrist mit einer Verjährung in dreißig Jahren! Auch hat unseres Wissens noch keine deutsche Partikulargesetzgebung jene Ausdrücke gebraucht.

§. 30.

Gegentheilige Praxis.

Es läßt sich eben so denken, daß in einem einzelnen Deutschen Staate, in welchem über die bisher behandelte Frage vom Gerichtsstande der Nichtigkeitsklage die Particulargesetzgebung sich nicht ausspricht, die Praxis, besonders durch Aussprüche des obersten Gerichts, sich für die Thesis, daß die Nichtigkeitsklage nur bei dem höheren Richter Statt finde, gebildet habe. Eine solche Praxis [1]) ist aber überhaupt, selbst in blosem Bezuge auf untergerichtliche und obergerichtliche Erkenntnisse offenbar dem gemeinen Römischdeutschen Rechte, welches dem Kläger die Anbringung der Nichtigkeitsklage bei demselben oder dem höheren Richter überläßt (§. 27), zuwider, beschränket eben dieses gesetzliche Wahlrecht des Klägers, und maßet sich eine Hermeneutik gegen das klar bestimmende gemeine Recht an. Justinian gebietet in dem von uns zum Motto gewählten Gesetze: Non exemplis, sed legibus judicandum esse. Eine solche Praxis können wir daher mit Fug und Recht verwerflich achten. Selbst diese Praxis einmal als rechtsgiltig angenommen; so ist sie dennoch auf oberstrichterliche Erkenntnisse gar nicht anwendbar, weil die Anwendung jener Thesis überhaupt auf das Vorhandensein eines höheren Richters bedingt ist, folglich, da dieser hier fehlet, nicht möglich ist.

Mit Recht und hieher passend sagt der Verfasser des Vorwortes in einer neueren Zeitschrift [2]), daß die Existenz einer wirklichen Praxis aus solchen Präjudicien nicht zu entnehmen sei, welche auf einem blosen Misverstande der gesetzlichen Bestimmungen, oder auf einer unrichtigen Generalisirung einer für den concreten Fall vielleicht richtigen Entscheidung beruhen.

---

1) Den rechtlichen Unwerth der Praxis im Allgemeinen, und die Voraussetzungen, unter welchen sie rechtlichen Werth gewinnen kann, hat E. A. Haus

im Versuche über den rechtlichen Werth des Gerichtsgebrauchs, sowohl an den Deutschen Territorial- als höchsten Reichsgerichten Erlangen 1798, besonders §. 23, gründlich gezeiget.

2) Zeitschrift für Recht und Gesetzgebung in Kurhessen. Herausgegeben unter Aufsicht des Justizministeriums. Heft 1. Cassel 1836. S. V.

§. 31.

Beispiele von nichtigen Rechtserkenntnissen.

Wir haben bisher die Lehre von der Nichtigkeitsklage gegen Erkenntnisse in bürgerlichen Rechtsstrittigkeiten, in vorzüglicher Berücksichtigung der Frage, bei welchem Gerichte dieselbe anzustellen sei, zu erörteren versucht. Es möchte zweckgemäß sein, nun einige Fälle von nichtigen Rechtserkenntnissen, da das weite Feld derselben im Ganzen zu durchschreiten, unsere Absicht nicht sein kann [1]), beispielsweise näher zu betrachten.

Wir wählen hierzu, vorzüglich aus der dritten Cathegorie, welche die Nichtigkeiten aus wesentlichen Mängeln des Processes umfaßt, da die aus den beiden ersten, den wesentlichen Mängeln aus der Person des Richters, oder der Partheien, sich leichter erkennen und bestimmen lassen, folgende Nichtigkeiten: 1) das Erkenntniß gegen die nicht gehörte Parthei (sententia contra non auditum), 2) das zu Gunsten einer Parthei gefällte Erkenntniß (sententia in favorem partis lata), 3) das auf eine unwahre Thatsache gebaute Erkenntniß (sententia ex falsa causa), 4) das gegen die Gesetze gefällte Erkenntniß (sententia contra legem), und 5) das gegen ein rechtskräftiges Erkenntniß gefällte Erkenntniß (sententia contra rem judicatam).

---

1) Der Mangel wesentlicher Erfordernisse, als die Ursache und das Kennzeichen der Nichtigkeit, muß zur Erforschung genügen, ob ein gegebenes Erkenntniß nichtig sei, ohne daß zu diesem Behufe alle möglichen Fälle der nichtigen Erkenntnisse aufgezählt werden müssen oder können; so wie der Botaniker mit Hilfe der ihm bekannten Merkmale der Pflanzenfamilien, Gattungen, und Arten jede ihm neu vorkommende, unbekannte Pflanze bestimmen kann. Dieses Erkennen und Bestimmen der Nichtigkeit eines richterlichen Erkenntnisses ist in neuerer Zeit, wo in den meisten, wenn nicht allen Deutschen Staaten, mit jedem solchen Erkenntnisse auch die Entscheidungsgründe, auf welche dasselbe gebaut ist, mitgetheilt werden müssen, um Vieles erleichtert.

§. 32.

Das Erkenntniß gegen die nicht gehörte Parthei.

Bürgerliche Rechtsstreitigkeiten soll der Richter nach Wahrheit und Gerechtigkeit entscheiden. Kaiser Justinian verordnet in dem angeführten Gesetze. Omnes judices nostros veritatem, et legum et justitiae sequi vestigia sancimus. Pütter sagt daher mit vollem Rechte: Judex non potest pro arbitrio, quae lubet, sed quae juri ad factum adplicato, veritate et justitia duce, conveniunt, sententia pronuntiare [1]).

Die Wahrheit sucht der Richter dadurch zu erfahren, daß er das dem Deutschen bürgerlichen Processe eigenthümliche Verhandlungsprincip frei walten läßt, ohne von Amtswegen einzuschreiten, in die Verhandlung einzugreifen. So wie er hiernach nicht berechtiget ist, Kenntniß von Thatsachen, ohne Zuthun der Parthei, sich zu verschaffen [2]), so ist er dagegen verpflichtet, in der Verhandlung alles zu vermeiden, wodurch eine Parthei in der Ausführung oder Vertheidigung ihrer Rechte gehindert [3]), oder wodurch diese ganz abgeschnitten wird. Mit einem Worte, er muß im Wege der Verhandlung beide Partheien hinreichend hören, wovon nur der Fall des Ungehorsams auf gehörige Vorladung eine Ausnahme machen kann. Wenn dieses Hören beider Streittheile wesentlich nothwendig ist [4]); so ist das Nichthören eine Verletzung der Wesenheit des Processes, der Mangel eines wesentlichen Erfordernisses, und daher das gegen eine nicht gehörte Parthei gegebene Erkenntniß nichtig.

Das Römische Recht erkennt das rechtliche Gehör der Streittheile für eine wesentlich nothwendige Bedingung eines Erkenntnisses, und läßt Erkenntnisse für jenen, welcher in der Verhandlung nicht gehört worden, namentlich den Abwesenden, in die Rechtskraft nicht übergehen [5]), womit auch in gleicher Beziehung das canonische Recht übereinstimmt [6]). Demjenigen, welcher abwesend nicht gehört würde, ist aber gewiß derjenige völlig gleich zu stellen, welcher, obgleich anwesend, dennoch nicht gehört worden ist. Von einem solchen Erkenntnisse sagt sehr richtig Pütter: Sententiae natura (oder vielmehr: essentia) hoc vult, ut causa ante, quam feratur, cognita sit, auditis utrinque quantum satis, et juris et facti argumentis. Sententia omnino non est, quae fertur inaudita alterutra parte, ita ut ne facultas quidem defendendi juris sui ei concessa sit [7]).

Dieser Sententiae contra non auditum wird oft Sententia contra non citatum gleichgeachtet, da die Citation des Streittheiles, als ein wesentliches Erforderniß des Processes anzusehen ist, was aber nicht ganz richtig oder entschöpfend ist, weil der Citation ungeachtet, die gehörige Vernehmlassung des wirklich vorgeladenen Streittheiles dennoch vernachläßiget worden sein kann. So wird gewiß eine sententia contra non auditum auch dann, der gehörig geschehenen Vorladung ungeachtet, vorhanden sein, wenn der Richter von Amtswegen eine vom Streittheile gar nicht vorgeschützte, in der Verhandlung gar nicht erwähnte factische Einrede suppliret, und auf den Grund derselben den Gegner, welcher sich dawider gar nicht vertheidigen konnte, abweiset oder verurtheilet [8]). Eine solche Handlung ist offenbar gegen das Wesen des Processes, der lediglich auf der Verhandlungsmaxime beruht, also das, was von den Partheien nicht vorgebracht worden ist, in sich nicht aufnehmen kann [9]), und der Streittheil, gegen welchen die supplirte Einrede im Erkenntnisse geltend gemacht worden, ist offenbar in Ansehung derselben ungehört verurtheilt oder abgewiesen worden.

---

1) in Opusc. cit. p. 317.
2) Martin Lehrb. d. teutsch. gem. bürg. Proc. §. 15.
3) Hefftter a. a. O. S. 252 u. 253.
4) Martin a. a. O. §. 16.
5) v. Röder a. a. O. S. 28 u. 29.
6) v. Röder a. a. O. S. 36.
7) l. c. p. 316. Gesterding a. a. O. S. 131. nennt das Urtheil contra inauditum den allergröbsten Verstoß, dessen sich so leicht kein Richter schuldig machen wird, er müßte denn sehr einfältig oder unwissend sein.
8) Puchta a. a. O. S. 107. u. f.
9) Decis. Casl. Tom. XI Dec. 296. n. 7. Hofacker l. c. §. 4386. Martin a. a. O. S. 15 u. 16.

§. 33.

Das zu Gunsten einer Parthei gefällte Erkenntniß.

Wenn der Richter, wie eben (§. 32) bemerkt worden, nur die im Verhandlungswege gesuchte und gefundene Wahrheit zur Richtschnur

seines Erkenntnisses nehmen darf, wenn er nicht befugt ist, auf anderem Wege von Thatsachen zur Motivirung seines Erkenntnisses Kenntniß sich zu verschaffen, oder nur zu nehmen; so ist er gewiß auch nicht befugt, einer vorgebrachtermaßen unbegründeten Klage einen anderen rechtlichen Klaggrund aus eigener, selbst auf Notorietät gegründeten Wissenschaft, oder nach eigenem Gutdünken unterzuschieben, oder eine rechtliche Einrede, welche im Verfahren gar nicht vorgebracht worden, oder wo Einreden überhaupt nicht vorgebracht worden, auf gleiche Weise zu suppliren, und sein Erkenntniß darauf zu bauen. Indem er zum Vortheile der einen Parthei das Eine oder das Andere thut, was sie selbst für sich nicht gethan hat, macht er offenbar den Advocaten für dieselbe, tritt in derselbeu Sache als Richter zwischen zwei Partheien auf, in welcher er als Anwalt der einen Parthei gehandelt hat, und verletzet so die wesentliche Eigenschaft und erste Pflicht des Richters — die Unpartheilichkeit. Nichtig ist darum das Erkenntniß des Richters, welcher in derselben Sache als Anwalt gehandelt, und als Richter erkannt hat [1]).

Von einem solchen Falle partheiischer Rechtssprechung (durch Suggestion einer in der Verhandlung gar nicht vorgekommnen Klagbegründung oder Einrede in dem Erkenntnisse selbst) sagt das Gesetz [2]), daß der Richter den Rechtsstreit sich zu eigen mache, indem er absichtlich dem Gesetze zuwider urtheile, und so offenbar der Gunst für die eine, und der Ungunst wider die andere Parthei sich schuldig mache, und gestattet sogar gegen den Richter selbst eine Klage auf den Werth des Streites, die sogenannte subsidiarische oder Syndicatsklage [3]). Um so gewisser muß ein solches zu Gunsten einer Parthei gefällte Erkenntniß nichtig sein [4]).

---

1) L. 6 C. de postul. (2. 6.) Quisquis vult esse causidicus, non idem in eodem negotio sit advocatus et judex.

2) L. 15 §. 1 D. de Judic. (5. 1.) Judex tunc litem suam facere intelligitur, cum dolo malo in fraudem legis sententiam dixerit. Dolo malo autem videtur hoc facere, si evidens arguatur ejus vel gratia vel inimicitia, vel etiam sordes: ut veram aestimationem litis praestare cogatur. Reichsabsch. von 1654 §. 157.

3) Reinhardt a. a. O. §. 363.

4) v. Röder a. a. O. S. 27.

§. 34.

Das auf eine unwahre Thatsache gebaute Erkenntniß.

Der auf dem Verhandlungswege gesuchten Wahrheit muß der Richter auch ganz gemäß erkennen. Wenn er dagegen seinem Erkenntnisse Thatsachen, welche der Gegentheil geläugnet hat, oder darüber gehöret, geläugnet haben würde, also unwahre Thatsachen zum Grunde legt; so urtheilt er gegen das Wesen desselben; er baut sein Urtheil auf einen unwahren, falschen Grund, und begeht damit eine Nichtigkeit. Darum ist das auf eine unwahre, falsche Thatsache gebaute Erkenntniß nichtig.

Diese in der Natur der Sache gegründete Nichtigkeit ist sowohl vom Römischen, als canonischen Rechte anerkannt. Jenes läßt die sententiam ex falsis instrumentis in Rechtskraft nicht übergehen [1]). Dieses will die Sententiam auctoritate literarum falsarum latam ganz unkräftig und unvollziehbar geachtet wissen [2]). Von dieser Nichtigkeit sagt Pütter: Neque magis sententiae nomen meretur, qua factum manifeste falsum sic adstruitur, ut contraria plane sententia sequi debuisset, sin veritatem facti eamque evidentem ante oculos habuisset judex [3])! Mit dieser Ansicht stimmen überein Gönner [4]) Gesterding [5]) Ahorner [6]) und besonders die Decisiones Casselanae [7]), welche die sententiam ex falsa causa, falsis testimoniis et instrumentis, falsisque praesuppositis substantialibus latam für nichtig erkennen, und einen merkwürdigen Fall erzählen, in welchem ein Bescheid darum für nichtig erkannt worden ist, weil das der Entscheidung unterstellte factum vom Gegner keineswegs eingestanden, vielmehr geläugnet, also dieselbe auf eine falsche Voraussetzung gebaut worden war.

Eben diese Decis. Cass. erkennen auch die sententiam contra acta für nichtig [8]); diese Nichtigkeit scheint sich aber natürlich, und in den meisten Fällen auf jene ex falsa causa zurückführen zu lassen.

---

1) L. 11 D. de except. et praescr. (44. 1.) Esti res judicata esset ex falsis instrumentis, si postea falsa inveniantur, nec rei praescriptionem obponi. Womit übereinstimmen L. 1. 2. 3. 4. C. Si ex fals. instrum. (7. 58.) und L. 42 C. de transact. (2. 4.) Wie nach diesen Gesetzen die Sache noch strittig oder zweifelhaft sein könne, wie v. Röder a. a. O. S. 32 bemerkt,

ist nicht abzusehen, da die etwa entgegenangeführten Gesetze nur von der ebenso statthaften restitutio in integrum reden.

2) besonders nach dem von Röder a. a. O. S. 37 unter mehren anderen Gesetzen angeführten C. 2 X. de crim. falsi. (5. 20.) Hefftter a. a. O. S. 515.

3) l. c. p. 318. 4) a. a. O. S. 443. 5) a. a. O. S. 143. 6) a. a. O. S. 90.

4) Tom. 4 Dec. 118. besonders n. 13. 8) l. c. n. 15.

§. 35.

Das gegen ein Gesetz gefällte Erkenntniß.

Der Richter soll Rechtsstreitigkeiten nach der Gerechtigkeit, pro justitia, entscheiden. Gegen dieselbe entscheidet er, wenn er entweder geradezu gegen die Gesetze selbst, oder gegen das Recht eines Streittheiles urtheilet. Das Erste, wenn er die verbindende Kraft eines auf den Rechtsstreit anwendbaren Gesetzes verwirft. Das Letzte, wenn er ein aus dem Gesetze abgeleitetes Recht eines Streittheiles verletzt. Gegen das Gesetz entscheiden, ist Vernachläßigung eines wesentlichen Erfordernisses, also Nichtigkeit. Das gesetzmäßige Recht eines Streittheiles verletzen, ist dagegen blose Rechtswidrigkeit.

Diesen in der Natur der Sache gegründeten Unterschied (§. 6.) und die in eben derselben gegründete Nichtigkeit eines Erkenntnisses gegen die Gesetze haben das Römische [1]) und canonische [2]) Recht ausdrücklich anerkannt. Selbst das Deutsche Recht hat dasselbe gewissermaßen dadurch gethan, daß es den wesentlichen Mangel in den Substantialien des Processes, wozu die Uebereinstimmung der Entscheidung mit dem Gesetze gewiß gehöret, als Nichtigkeit erklärt (§. 20.).

In den angeführten Römischen Gesetzen, und zwar in dem ersten und letzten finden wir eine nähere, wenn gleich zum Theil nur beispielsweise Bestimmung hierüber. Es soll nehmlich ein Erkenntniß gegen das Gesetz (contra constitutiones et de jure constitutionis), ein nichtiges Erkenntniß sein, wenn der Richter urtheilet, daß weder Kinderzahl, noch Alter, noch sonst ein Privileg von der Uebernahme eines öffentlichen Amtes, oder einer Vormundschaft befreie, oder daß ein noch nicht 14 Jahre alter Erblasser ein Testament habe machen können. Es soll aber ein nicht gegen die Gesetze, sondern blos gegen das Recht eines Streittheiles (de jure litigatoris) gefälltes, rechtswidriges Urtheil sein, wenn der Richter entscheidet, daß die Parthei, welche den

Beweis des Alters oder der Kinderzahl geführt hat, denselben nicht geliefert, oder der Erblasser das 14. Jahr wirklich vollendet habe. Daher die von mehren Rechtsgelehrten angenommene Meinung [3]), daß nur eine sententia contra jus in thesi, wie sie die sententiam contra constitutiones et de jure constitutionis bezeichnen, nicht aber eine sententia contra jus in hypothesi, wie sie die sententiam contra jus litigatoris erklären, ein nichtiges Erkenntniß ausmache. Diese Nichtigkeit einer sententiae contra jus in thesi haben mehre Rechtsgelehrte [4]) anerkannt, Gönner [5]) aber bestritten. Jene erfordern dazu ein ganz klares Gesetz, welchem das Erkenntniß geradezu widerstrebt, oder zuwiderläuft. Dieser verbreitet sich sehr weitläufig über die Nichtigkeit der Erkenntnisse gegen die Gesetze, hauptsächlich zur Unterstützung seiner besondern Ansicht von der Nullitätsquerel überhaupt, hält die Eintheilung in sententias contra jus in thesi, und in hypothesi für unbegründet, weil es gar kein Merkmal der Erkenntniß gebe, ob ein Richter gegen ein jus in thesi, oder ein jus in hypothesi geurtheilt habe, und behauptet am Ende, daß Urtheile gegen die Gesetze, welche die Willkühr der Partheien zuließen, keine Nullität, wohl aber Urtheile gegen absolut gebietende oder verbietende Gesetze eine solche begründeten.

Die in den angeführten beiden Gesetzen enthaltene Bestimmungen sind aber so deutlich und genau, daß sich nach denselben in jedem einzelnen Falle wohl leicht beurtheilen lassen wird, ob ein Erkenntniß gegen ein Gesetz, contra jus in thesi, oder das gesetzmäßige Recht des Streittheiles, contra jus in hypothesi anstoße. Versuchen wir einmal, ob nicht in einem solchen einzelnen Falle, als weiteres Beispiel aufgestellt, die ohnehin nicht übereinstimmende Forderungen der Schriftsteller mit den gesetzlichen Bestimmungen sich vereinigen lassen. Der Kaiser Justinian hat in zwei Gesetzen [6]) die stillschweigende Novation für rechtlich unwirksam erklärt, oder mit anderen Worten, zu einer rechtsgültigen Novation die ausdrückliche Einwilligung der Betheiligten als wesentliche Bedingung erfordert. Diese Gesetze sind klar und bestimmt, keiner Auslegung bedürftig, wenn gleich ein einzelner angesehener Rechtsgelehrter [7]) gegen diese klare Gesetze, und die gemeine Meinung [8]) auch die stillschweigende Novation für rechtlich wirksam hält. Sie sind auch gebietende, und gewissermaßen verbietende, der Willkühr der Betheiligten nichts überlassende Gesetze, indem

sie nur der ausdrücklichen Novation rechtliche Wirkungskraft, der stillschweigenden gar keine beilegen. Spricht nun in einem Falle der Richter aus, daß durch eine concludente Handlung eines Streittheiles eine rechtlich wirksame Novation eingetreten sei; so spricht er offenbar gegen den klaren Buchstaben und Geist des Gesetzes im Allgemeinen. Spricht er aber aus, die behauptete ausdrückliche Novation sei nicht nachgewiesen; so hat er im Besonderen nur gegen das Recht der Parthei geurtheilt. Mag immerhin das Erste eine sententia contra jus in thesi, das Letzte eine sententia contra jus in hypothesi geheißen werden! Es ist doch einleuchtend, daß das erste Erkenntniß gegen das Gesetz selbst anstößt, und daher nichtig, das letzte hingegen blos das besondere Recht des Streittheiles verletzt, und daher nur rechtswidrig ist, eine Frage, welche so leicht in jedem anderen, als in diesem Falle nach den gesetzlichen Bestimmungen, und zugleich die bemerkten Anforderungen befriedigend, wird gelöset werden können [9]).

---

1) L. 1 §. 2. D. Quae sent. sine app. (49. 8.) L. 19 D. de appel. (49. 1.) L. 2. C. Quando prov. n. e. necesse. (7. 64.)

2) C. 1. X. de sentent. (2. 27.)

3) Pütter l. c. p. 318. Krüll Prüf. einz. Theile d. bürg. Rechts B. 3. S. 96.

4) Pütter l. c. p. 318. Gesterding a. a. O. S. 146. und der Sache nach, ohne die berührte Distinction zu billigen, Klüpfel a. a. O. S. 116. Franke a. a. O. S. 397. Claus a. a. O. S. 54 und vorzüglich Reinhardt a. a. O. S. 233 u. 234., welcher zwischen dem Erkennen gegen die Gesetze, und dem unrichtigen Anwenden derselben unterscheidet.

5) a. a. O. S. 425 u. f. Auch Grollmann a. a. O. §. 136. Note a. vermißt eine Gränzscheide zwischen beiden Erkenntnißarten.

6) L. 8 C. de novat. (8. 42.) §. 3 inst. quib. mod. toll. obl. (3. 30.)

7) Voet Comm. ad Pand. Lib. 46. Tit. 2. §. 3.

8) Bücher Recht der Forder. §. 172. Schweppe röm. Privatr. §. 632. v. Wenning-Ingenheim Lehrb. d. gem. Civ. R. §. 117. Mühlenbruch Doctr. Pandect. Vol. III. §. 709. Decis. Cass. Tom. II. Dec. 54. n. 4.

9) Eben darum möchte wohl die von Pütter (l. c. p. 320 et 321) aufgestellte Behauptung, daß eine sententia contra jus quaesitum partis nichtig sei, nicht gerechtfertiget werden können, weil ein solches Erkenntniß immer contra jus litigatoris anstößt. M. v. Gesterding a. a. O. S. 155. — So ist auch ein Erkenntniß gegen klare Rechtsgrundsätze an und für sich keineswegs nichtig, insoferne nicht diesen ein eben so klares Gesetz, positiv oder naturrechtlich, zum Grunde liegt, gegen welches dasselbe verstößt, und wodurch dasselbe

nichtig wird. Dagegen wird ein den gehörig begründeten Mandats- oder Executivproceß in einen ordentlichen Proceß, ohne Acquiescenz der Partheien, umwandelndes Verfahren und Erkenntniß als contra formam juris nach C. 7 X. de confirm. util. (2. 30) und Clem. 2 de verb. signif. (5. 11) oder contra solitum judiciorum ordinem nach L. 4 C. de sentent. (7. 45) anstoßend nichtig sein.

§. 36.

Das gegen ein rechtskräftiges Erkenntniß gefällte Erkenntniß.

In dem Wesen der Rechtspflege, der Verwaltung und Ausübung der Gerechtigkeit, welche die Sicherung der Rechte der Staatsbürger bezwecket, ist die Forderung gegründet, daß der Richter das, was er heute für Recht erkennt, morgen nicht für Unrecht erkennen könne. Eine Entscheidung gegen eine vorausgegangene rechtskräftige Entscheidung kann nicht eben so rechtskräftig werden, ist von selbst nichtig. Es ist daher sowohl durch die Römische [1]) und canonische [2]) Gesetze, als von den Rechtslehrern [3]) anerkannt, daß ein gegen ein rechtskräftiges Erkenntniß gefälltes Erkenntniß nichtig sei.

Insoweit ist die Sache nicht im mindesten zweifelhaft. Aber es fragt sich: Muß die rechtskräftige Entscheidung in derselben Rechtssache erfolgt, in den nehmlichen Acten enthalten sein, oder kann sie auch aus einer anderen Sache, oder anderen Acten entlehnet werden; dann ferner: Muß sie dem Richter, welcher das nichtige Erkenntniß gefällt hat, bekannt, oder kann sie ihm auch unbekannt gewesen sein? Ueber diese Fragen sprechen sich weder Gesetze, noch Rechtsgelehrte [4]) bestimmt und deutlich aus.

Bei dieser Verlassenheit von einer gesetzlichen Bestimmung ist es wohl der Natur der Sache am angemessensten, zu unterscheiden, ob die rechtskräftige Entscheidung, gegen welche das nichtige Erkenntniß anstößt, in derselben Sache, folglich in denselben Acten vorliege, oder nicht. Im ersten Falle kömmt es darauf nicht an, ob sie dem Richter bekannt gewesen sei, oder nicht, weil, wenn sie ihm nicht bekannt war, sie dieses nur durch seine Schuld war. Jedenfalls ist in solchem Falle das weitere Erkenntniß nichtig. Im anderen Falle, wenn die rechtskräftige Entscheidung aus einer andern Sache, und folglich auch aus anderen Acten zur Vergleichung herbeigezogen worden, wird das

angefochtene Erkenntniß, als jener widersprechend, dann nur nichtig sein, wenn dasselbe in einer völlig identischen Sache, das ist, einer solchen, in welcher demselben Gesetze völlig gleiche Thatumstände subsumirt werden mußten, von demselben Gerichte gefällt worden ist. Diesem mußte eben durch die Identität der Sache nothwendig die Rechtskraft bekannt sein. Erläutern wir die Sache durch ein Beispiel! Auf eine Pensionsforderung, welche auf den §. 59 des Reichsdeputationshauptschlusses von 1803 gestützt wird, und welcher die Einrede einer stillschweigenden Novation entgegen gesetzt wird, erkennt das Gericht diese Einrede für rechtlich unwirksam, und der den Beklagten verurtheilende Bescheid wird rechtskräftig. In einer anderen, von einem anderen Kläger erhobenen, auf dasselbe Fundament gestützten Klagsache gleicher Art erkennt dasselbe Gericht die Einrede der stillschweigenden Novation für rechtlich wirksam, nnd weiset den Kläger mit seiner Forderung ab. Wird dieses letzte Erkenntniß, als dem früheren rechtskräftigen Erkenntnisse gerade widersprechend, nicht offenbar nichtig sein?

---

1) wohin unter mehren von Röder a. a. O. S. 30 u. 31 angeführten Gesetzen besonders L. 1 pr. D. Quae sent. sine app. (49. 8.) L. 9 C. de sent. (7. 45.) L. 1 C. sentent. resc. (7. 50.) L. 6 C. de exec. rei jud. (7. 53.) und L. 1 C. quando provoc. (7. 64.) gehören.

2) besonders C. 41. §. 4. C. 2. quaest. 6.

3) Dec. Cass. Tom. IV. dec. 118. n. 16. Pütter l. c. p. 318. Gönner a. a. O. S. 487. Krüll a. a. O. S. 106 u. 107. Grollmann a. a. O. §. 218 in der Schlußanmerkung. Gesterding a. a. O. S. 142. Claus a. a. O. S. 51.

4) Nur Gönner a. a. O. hat in Ansehung der letzten Frage unterschieden, indem er die Nichtigkeitsklage, als in beiden Fällen statthaft, im ersten bei dem höheren, im zweiten bei demselben Richter zuläßt. M. vergl. §. 27 am Ende.

Dritte Abtheilung.

Die Nichtigkeitsklage in bürgerlichen Rechtsstrittigkeiten gegen Erkenntnisse der Deutschen obersten Gerichtshöfe.

§. 37.

Statthaftigkeit derselben. Nach der Natur der Sache.

Auf dem durch die bisherige Erörterung hoffentlich sicher gebahnten Wege schreiten wir nunmehr zur Beantwortung der in der Einleitung aufgestellten Hauptfrage: Ob und inwiefern gegen nichtige Erkenntnisse der Deutschen obersten Gerichtshöfe oder Oberappellationsgerichte in bürgerlichen Rechtsstrittigkeiten die Nichtigkeitsklage Statt finde.

Ziehen wir vorerst die Statthaftigkeit derselben nach der Natur der Sache in Betracht; so finden wir sie in dieser vollkommen begründet. Diese Erkenntnisse sind, wie jedes richterliche Urtheil überhaupt, einer Nichtigkeit fähig, insofern sie eines wesentlichen Erfordernisses ermangeln (§. 5.). Es wäre höchst ungereimt, daraus, daß bei diesen Gerichten in Rücksicht ihrer stärkeren Besetzung und genaueren Geschäftsbehandlung nichtige Erkenntnisse wohl äußerst selten vorkommen werden, den Schluß zu ziehen, daß dergleichen bei diesen Gerichten gar nicht vorkommen könnten, oder in Rücksicht ihrer höheren Stellung wohl gar zu behaupten, daß wenigstens die in ihren Erkenntnissen enthaltene Nichtigkeiten nicht verfolgt werden könnten. Jede Nichtigkeit eines Rechtserkenntnisses hat, dem Geiste unserer Gerichtsverfassung und Rechtspflege gemäß, als eine Rechtsverletzung, das Recht sie zu verfolgen, oder eine Klage und Einrede zur Folge (§. 3 u. 5.). Es kann also auch über ein nichtiges Erkenntniß eines Oberappellationsgerichtes die Nichtigkeitsklage angestellt werden, und zwar nach eben der Natur der Sache bei demselben obersten Gerichte, welches das nichtige Erkenntniß gefällt hat (§. 11.). Die Statthaftigkeit der Nichtigkeitsklage gegen ein Erkenntniß eines Deutschen Oberappellationsgerichtes bei diesem selbst ist demnach schon nach der Natur der Sache vollkommen begründet.

Fürwahr, wenn Erkenntnisse der Deutschen Oberappellationsgerichte einer Nichtigkeit wirklich fähig sind, was wohl Niemand in Abrede stellen wird; so wäre die Behauptung eines solchen Gerichtshofes, daß gegen seine Erkenntnisse eine Nichtigkeitsklage nicht Platz greifen könne, ein eben so ungereimter als lächerlicher Anspruch auf Infallibilität, welche bewiesenermaßen nicht einmal die vormaligen Reichsgerichte für sich behauptet haben (§. 25.), und die Anmaßung eines privelegii de committendis nullitatibus, wie Tafinger bei einer anderen Gelegenheit jene Behauptung bezeichnet [1]).

---

1) l. c. §. 668.

§. 38.

Nach gemeinem Rechte.

Daß die Nichtigkeitsklage gegen ein Erkenntniß eines Deutschen Oberappellationsgerichtes bei diesem selbst nach Römischem Rechte statthaft sei, folgt nothwendig aus dem, was früher (§. 14) nachgewiesen worden, daß nehmlich nach diesem Rechte die Nichtigkeitsklage gegen nichtige Erkenntnisse — im Gegensatze der gegen rechtswidrige Erkenntnisse, die Sache an den höheren Richter devolvirenden Appellation — bei demselben Richter angestellt werde. Aber auch nach Deutschem Rechte ist sie bei demselben Gerichte statthaft, weil der Reichsabschied von 1654 §. 121 u. 122 die Natur der Nichtigkeitsklage, als einer blos persönlichen, mit dem Ablaufe von 30 Jahren verjährbaren Klage, welche bei dem in der Sache competenten, wenn gleich demselben Richter Statt findet, anerkannt, und überhaupt das Deutsche Recht, indem es die Nichtigkeitsklage auch bei dem höheren Richter gestattet, die Statthaftigkeit derselben bei demselben Richter nicht aufgehoben oder verboten hat (§. 20. 22. 25. u. 26.). Gegründet ist daher die Statthaftigkeit der Nichtigkeitsklage gegen Erkenntnisse der Deutschen Oberappellationsgerichte bei diesen auch im gemeinen oder Römischdeutschen Rechte.

§. 39.

Als Stellvertreter der Reichsgerichte.

Es hat sich früher ergeben, daß bei den Reichsgerichten die Nichtigkeitsklage nicht allein gegen Erkenntnisse unmittelbar untergeordneter, oder obersten Landesgerichte (§. 23 u. 24), sondern auch gegen

Erkenntnisse der Reichsgerichte selbst, in diesem Falle nur in Form einer Revision, Statt gefunden hat (§. 25.).

Sind nun die Deutschen Oberappellationsgerichte, wie in der Einleitung bemerkt worden, beim Mangel eines Deutschen Bundesgerichtes die einstweiligen Stellvertreter der Reichsgerichte; so muß bei denselben und gegen ihre eigene Erkenntnisse die Nichtigkeitsklage aus doppeltem Grunde, auch abgesehen von der Begründung durch die Natur der Sache und das gemeine Recht (§. 37 u. 38) Statt finden.

Einmal, weil nun nicht mehr die Nichtigkeitsklage gegen die Erkenntnisse der Oberappellationsgerichte bei den verschwundenen Reichsgerichten angebracht werden kann, und sie als Stellvertreter derselben die Klage, welche früher bei diesen Statt gefunden, selbst annehmen müssen. Durch die Nichtannahme dieser Klage würden sie die Stellvertretung selbst verläugnen, oder von sich stoßen.

Zum Anderen, weil das, was bei den Vertretenen, den vormaligen Reichsgerichten Statt gefunden hat, nothwendig auch bei den Vertretenden Statt finden muß; dem zufolge die Nichtigkeitsverfolgung, welche früher gegen Erkenntnisse der Reichsgerichte bei diesen Statt gefunden hat, nun nothwendig auch gegen Erkenntnisse der Oberappellationsgerichte bei diesen selbst Statt finden muß. Surrogans enim sequitur naturam surrogati.

Wenn man einwenden wollte, daß die Nichtigkeitsklage gegen reichsgerichtliche Erkenntnisse bei diesen höchsten Gerichten nur in der Form einer Revision Statt gefunden habe; so würde daraus weiter nichts folgen, als daß die Nichtigkeitsklage gegen Erkenntnisse der Deutschen Oberappellationsgerichte, die Sache nur aus diesem einzigen Gesichtspuncte betrachtet, nun auch in derselben Form bei diesen Statt finden müsse, und zwar selbst dann, wenn bei denselben das eigentliche Rechtsmittel der Revision in der Regel nicht platzgreifend wäre. Der Einwand überhaupt wird aber durch die sonstige Begründung der Statthaftigkeit der Nichtigkeitsklage durch Natur der Sache und gemeines Recht (§. 37 u. 38) vollkommen überwogen werden.

§. 40.

Nach der Particulargesetzgebung und Praxis der meisten Deutschen obersten Gerichtshöfe.

Abgesehen von der Statthaftigkeit der Nichtigkeitsklage gegen Erkenntnisse der Deutschen Oberappellationsgerichte nach der Natur der

Sache, und dem gemeinen Rechte (§. 37 u. 38), selbst nach ihrer Eigenschaft als Stellvertreter der Reichsgerichte (§. 39) ist dieselbe weiter gegründet durch die übereinstimmende Particulargesetzgebung oder Praxis der meisten Deutschen Oberappellationsgerichte, insoweit nehmlich diese im Allgemeinen, und ohne Rücksicht auf besondere Modificationen in einzelnen Puncten, die Statthaftigkeit der Nichtigkeitsklage gegen Erkenntnisse der obersten Gerichte ausspricht.

Suchet das Deutsche Privat- oder Civilrecht seine Basis lediglich in den Gesetzen und Gewohnheiten der einzelnen Deutschen Länder über bürgerliche, besonders den recipirten Rechten fremde Rechtsverhältnisse, insoweit diese allgemein oder größtentheils übereinstimmen; so dürfen wir gewiß auch für die Proceßlehre, und besonders für die aufgeworfene Frage, und deren bejahende Beantwortung ein, wenn auch nicht für sich allein entscheidendes, doch gewiß die frühere Begründung verstärkendes Argument aus der Uebereinstimmung der meisten Deutschen Oberappellationsgerichtsordnungen und Gesetze über dieselbe, oder der Praxis dieser Gerichte herholen.

Zur Bestärkung unserer Behauptung sind wir glücklicher Weise in den Stand gesetzt, von sämmtlichen obersten Gerichtshöfen der Deutschen Bundesstaaten dasjenige hier anzuführen, und zusammen, oder gegeneinander zu stellen, was bei ihnen über die uns beschäftigende Frage durch Gesetze oder Praxis festgestellt, oder nicht festgestellt ist. Wir versäumen übrigens nicht, bei dieser Gelegenheit den verehrten Staats- und Geschäftsmännern und Gelehrten, welche durch ihre willfährige und gütige Mittheilungen in dieser Angelegenheit uns großmüthig unterstützt haben, unseren wärmsten Dank dafür öffentlich abzustatten.

§. 41.

Kaiserl. Oesterreichische oberste Justizstelle zu Wien.

Die Kaiserlichkönigliche oberste Justizstelle zu Wien bildet die oberste Gerichtsbehörde für alle, besonders auch die zum Deutschen Bunde gehörigen Provinzen, mit Ausnahme der zu Ungarn gehörigen Länder, und ist in Senate nach den Landessprachen derselben abgetheilt. Die allgemeine Gerichtsordnung Cap. 25 §. 262 — 266 spricht nur von der Nullitätsklage bei den unteren und oberen Gerichten mit der Bestimmung,

daß dieselbe bei dem unteren Gerichte anzubringen, von dem oberen aber zu beurtheilen sei, ohne die Nichtigkeitsklage gegen ein Erkenntniß der obersten Justizstelle zu erwähnen. In der Praxis soll eine solche namentlich nicht Statt finden, wohl aber, wenn das als nichtig angefochtene Erkenntniß von einem Senate ausgegangen, die Bitte an den Kaiser zur Gestattung einer weiteren Vornahme, oder Revision bei dem Plenum der obersten Justizstelle, welche dann auf den von dem Präsidenten derselben abgeforderten Bericht gestattet oder verworfen wird [1]).

1) Diese Einrichtung nähert sich dem Nullitäts- oder Revisionsverfahren bei dem vormaligen kaiserlichen Reichshofrathe (§. 25).

§. 42.

Königl. Preußisches geheimes Obertribunal zu Berlin.

Im 16. Tit. der Königl. Preußischen Proceßordnung (Th. 1. der Gerichtsordnung) ist, nachdem im §. 2 die causae nullitatis, nehmlich das Erkenntniß ex falsa causa, gegen ein klares Gesetz, wegen Mangels der Gerichtsbarkeit, der Legitimation zur Sache, und des rechtlichen Gehörs näher angegeben worden, in Betreff der Nichtigkeitsklage selbst verordnet:

„§. 3. Wenn eine Parthei, aus einer der vorstehenden Ursachen das wider sie ergangene Urtel als nichtig anfechten will, so muß sie in der Regel, und mit Ausnahme des dritten Falles“ (wenn die Nullität in der Incompetenz des Richters, der das Urtel gesprochen, gesetzt wird) „bei demjenigen Gerichte, vor welches die Instruction der Hauptsache im vorigen Processe gehört hat, den vermeintlichen Grund der Nullität anzeigen, und um rechtliches Gehör bitten.“

„§. 4. Das Gericht muß alsdann den Imploranten, gleich jedem anderen Kläger, über die Thatsachen, woraus er die vermeintliche Nullität herleiten will, und über die Beweismittel umständlich vernehmen, hiernächst aber, wenn es den vorgeschützten Grund an sich den Rechten nach erheblich, oder doch bestimmt genug angebracht findet, die fernere Instruction gleich als in jedem anderen Processe verfügen.“

Nach dem §. 10 derselben Proceßordnung ist die Anstellung der Nichtigkeitsklage an keine andere Zeit, als die jeder ordinären persönlichen Klage gebunden.

In diesen allgemeinen Bestimmungen wird der Grundsatz auerkannt, daß die Nichtigkeitsklage, wie jede andere persönliche Klage, bei demselben, nur competenten Richter, welcher das als nichtig angefochtene Erkenntniß gefällt hat, angebracht werden könne. Nach denselben muß also gegen ein Erkenntniß des geheimen Obertribunals zu Berlin, der höchsten Instanz für den größten Theil der Monarchie, im Falle gehöriger Begründung die Nichtigkeitsklage auch bei demselben obersten Gerichte angestellt werden können [1]).

---

1) Verschieden von der Nichtigkeitsklage ist nach Preußischem Rechte das Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde, welche nach der Verordnung vom 14. Decemb. 1833 §. 4 gegen Erkenntnisse erster und zweiter Instanz, wider welche die Gesetze kein ordentliches Rechtsmittel zulassen, in den Fällen Statt findet, wenn das angefochtene Urtheil einen Rechtsgrundsatz verletzt, er möge auf einer ausdrücklichen Vorschrift des Gesetzes beruhen, oder aus dem Sinne und Zusammenhange der Gesetze hervorgehen, oder wenn dasselbe einen solchen Grundsatz in Fällen, wofür er nicht bestimmt ist, in Anwendung bringt, und wenn es eine wesentliche Preßvorschrift verletzt. L. Erelinger die Verordnung über das Rechtsmittel der Revision und der Nichtigkeitsbeschwerde vom 14. Dec. 1833. Zwei Hefte. Breslau 1834 u. 1836 bes. Heft 1. S. VI der Einl. u. S. 62 u. f. dann Heft 2. S. 65. F. J. Hafemann das Rechtsmittel der Revision und Nichtigkeitsbeschwerde. Berlin 1836. bes. S. 81. Dr Löwenberg die Verordnung vom 14. Dec. 1833 über das Rechtsmittel der Revision und der Nichtigkeitsbeschwerde. Berlin 1837. S. 257. — Das Feld der Nichtigkeiten der Erkenntnisse erscheinet hiernach geschieden, und ein Theil der Nichtigkeitsklage nach der Proceßordnung, und der andere der Nichtigkeitsbeschwerde nach der angeführten Verordnung von 1833 überlassen.

§. 43.

Königl. Baierisches Oberappellationsgericht zu München.

Die Baierische Gerichtsordnung von 1753 (Codex juris bavarici judiciarii) verordnet über die Nichtigkeitsklage [1]): „Eine Sentenz, welche aus Mangel der Citation oder Jurisdiction mit unheilbarer Nichtigkeit behaftet ist, erwachset 1mo niemals in rem judicatam, und kann folglich 2do nicht ad executionem gebracht, sondern vielmehr 3tio sowohl bei höherem als nehmlichen Richter, wenn er nur competens ist, innerhalb 30 Jahren Klags- und Exceptionsweise angefochten werden.“

Dann weiter [2]): „Wenn der Bescheid entweder mit Worten oder Werken einmal agnosciret, oder wenigstens kein rechtmäßiges remedium juris ordinarium für die Parthei mehr übrig ist, erlangt derselbe 1mo vollständige Rechtskraft, zu Latein: vim rei judicatae, welche 2do darin bestehet, daß die Sentenz anders als durch ein rechtmäßiges remedium juris extraordinarium nimmermehr umgestoßen werden kann. 3tio mögen Provisionalverordnungen, wie auch u. s. w. — endlich alle contra rem judicatam laufende oder sonst mit unheilbarer Nullität behaftete Erkenntnisse nimmermehr die Kraft Rechtens erlangen.“

Nach dieser allgemeinen Bestimmung findet die Nichtigkeitsklage, als persönliche mit 30 Jahren verjährbare Klage, gegen Erkenntnisse des königlichen Oberappellationsgerichtes zu München, besonders im Falle mangelnder Jurisdiction oder Citation, überhaupt, oder gegen ein contra rem judicatam laufendes oder sonst mit unheilbarer Nullität behaftetes Erkenntniß Statt.

---

1) Cap. 16. §. 2.
2) Cap. 14. §. 11.

§. 44.

Königl. Sächsisches Oberappellationsgericht zu Dresden.

Durch das Königl. Sächsische Gesetz vom 28. Jan. 1835 die höhere Justitzbehörden und den Instanzenzug in Justitzsachen betr. §. 20 ist verordnet: „Sollte ein Urthel des Oberappellationsgerichtshofes als nichtig angefochten werden; so entscheidet über dieses Rechtsmittel derselbe Gerichtshof. Gegen dessen Entscheidung ist eine Läuterung zulässig. Beide Erkenntnisse sind in voller Versammlung abzufassen.“ Damit ist die Zulässigkeit der Nichtigkeitsklage gegen ein nichtiges Erkenntniß des Königlich. Oberappellationsgerichts zu Dresden bestimmt ausgesprochen.

§. 45.

Königl. Hannöversches Oberappellationsgericht zu Celle.

Das Königliche Oberappellationsgericht zu Celle zerfällt nach der Verordnung vom 31. Julius 1818 die veränderte und verbesserte Ein-

richtung desselben betr.[1]) in drei Appellations- und in Urtheilssenate, welche durch eine jedesmalige Zusammenziehung der Appellationssenate gebildet werden. Die Appellationssenate ertheilen Abschlagsdecrete und rescripta de emendando. In den Urtheilssenaten werden nach erkannten Processen die sogenannten sententiae formales erkannt. Vor das plenum gehören nur die in den Urtheilssenaten etwa entstandenen Paritätsfälle, und die Austrägalsachen.

Gegen die förmlichen Sentenzen der Urtheilssenate finden nur zwei Rechtsmittel, das remedium restitutionis in integrum und die querela nullitatis in der Art Statt, daß zwar beide miteinander verbunden werden können, die Wahl des einen aber den Gebrauch des anderen völlig ausschließet[2]). Zweifelhaft war dagegen die Frage: ob die querela nullitatis auch gegen die aus den Appellationssenaten ergangenen Bescheide und rescripta de emendando stattnehmig sei. Früherhin ward sie in einigen Senaten des Oberappellationsgerichtes verneinend entschieden[3]). Am 14 Oct. 1822 ist indeß ein conclusum pleni dahin gefaßt worden, daß die in der Oberappellationsgerichtsordnung[4]) enthaltenen Vorschriften über die Stattnehmigkeit der Nullitätsquerel auch auf die aus den Appellationssenaten erfolgenden rejectorischen Bescheide und Emendationsrescripte ihre Anwendung finden[5]). Daß hiernach auch gegen nichtige Erkenntnisse des königlichen Oberappellationsgerichtes zu Celle die Nichtigkeitsklage statthaft sei, ist unbezweifelt.

---

1) Abschn. 2.
2) Oberappellationsgerichtsordnung vom 26. Jun. 1713. Th. 2. Tit. 14. §. 1.
3) Hagemann pract. Erörter. B. 6. N. 57. S. 253.
4) Th. 2. Tit. 14.
5) Hagemann a. a. O. B. 8. Abth. 2. N. 19. S. 201.

§. 46.

Königl. Würtembergisches Obertribunal zu Stuttgardt.

Nach einer vorlängst erhaltenen glaubwürdigen Nachricht hat der Civilsenat des königlichen Obertribunals vor mehren Jahren die Thesis aufgestellt, daß gegen seine Erkenntnisse die Nichtigkeitsklage nicht Statt finde, hauptsächlich auch wegen der Inconvenienz, daß sonst ein Richter über seine eigene Fehler urtheilen müsse. In neuster Zeit

soll nach eben derselben das Justizministerium und Obertribunal dahin einverstanden sein, daß durch legislatorische Verfügung den Partheien die Nichtigkeitsklage gegen Erkenntnisse des obersten Gerichts einzuräumen sei.

Ein seitdem zur Publicität gelangter wichtiger Rechtsfall des Grafen von Hallberg in Würtemberg [1]) liefert wirklich ein Erkenntniß des königlichen Obertribunals aus dem Jahre 1828, daß „Quärulant mit der angebrachten Nichtigkeitsklage, da in Würtemberg dergleichen Klagen jederzeit bei dem höheren Richter anzustellen sind, daher die Nichtigkeitsklage gegen ein Erkenntniß des vormaligen königl. Oberappellationstribunals, als der höchsten Gerichtsstelle nicht stattfindet, abgewiesen werde“ [2]).

Eben dieser Rechtsfall macht uns mit einem früheren Gesetze, dem Kön. Würtemb. Organisationsmanifeste vom 18. März 1806 §. 39 bekannt, vermöge dessen nach der vom Oberappellationstribunale in letzter Instanz gefällten Sentenz „in dem außerordentlichen Falle eine weitere Verhandlung stattfindet, wenn der König nach unmittelbar eingekommener Beschwerde einer Parthei nach Befund der Umstände sich bewogen findet, ein besonderes Kassationstribunal niederzusetzen“ [3]). Der in diesem Gesetze vorausgesetzte außerordentliche Fall, und zwar nach in letzter Instanz bei dem obersten Gerichtshofe bereits erfolgten Entscheidung, so wie das gebrauchte Wort: Kassationstribunal gestatten allerdings, diese gesetzliche Bestimmung auf den Fall einer Nichtigkeitsklage gegen das letzte Erkenntniß, also des obersten Gerichtshofes, zu beziehen, und so wäre schon früher, vorausgesetzt, daß dieses Gesetz später nicht ausdrücklich vom Gesetzgeber wieder aufgehoben worden, für den Fall einer Nichtigkeitsklage gegen ein Erkenntniß des obersten Gerichtshofes durch die Gestattung eines anzuordnenden Specialgerichtes, als Kassationstribunal, gesorgt gewesen.

---

1) Claus a. a. O. S. 1. u. f.
2) Claus a. a. O. S. 36.
3) Claus a. a. O. S. 10. Die Constitution der Europäischen Staaten. Th. 2. S. 200.

§. 47.

Großherzogl. Badensches Oberappellationsgericht zu Carlsruhe.

Die Proceßordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für das Großherzogthum Baden vom 31 Decemb. 1831 behandelt die Nichtigkeitsklage gegen gerichtliche Erkenntnisse, obgleich sie das Verfahren oder die Entscheidung des Richters, wenn dieser dazu, oder die Parthei zur gerichtlichen Rechtsverfolgung unfähig ist, als nichtig ausdrücklich erkennt [1]) nicht besonders, oder als ein Rechtsmittel, indem sie als solche nur die Appellation, die Beschwerdeführung und die Wiederherstellung nennt [2]). Sie verweiset mehre bestimmte Nichtigkeitsfälle, oder Fälle vorhandener Nichtigkeiten zur Appellation oder Restitution [3]), gestattet aber ausdrücklich die Nichtigkeitsklage gegen Schiedssprüche, insofern der Schiedsvertrag selbst ungiltig, oder der Spruch die Gränzen der Entscheidungsbefugniß in Hinsicht auf Umfang oder Zeit überschreitet, wenn auch die Partheien im Schiedsvertrage kein Rechtsmittel vorbehalten haben [4]). Diese Nichtigkeitsklage soll angebracht werden bei dem Gerichte, welches ohne Bestellung eines Schiedsgerichts in erster Instanz zuständig gewesen wäre, oder wenn ein Gericht als Schiedsrichter gesprochen hat, bei dem Obergerichte desselben, und was hier besonders zu merken ist, wenn der oberste Gerichtshof selbst schiedsrichterlich gesprochen, bei diesem obersten Gerichte selbst [5]). —Wenn nach der letzten gesetzlichen Bestimmung die Nichtigkeitsklage gegen ein nichtiges schiedsrichterliches Erkenntniß des Oberappellationsgerichtes Statt findet, und wenn nach den vorhergehenden Bestimmungen diese Klage sowohl bei dem höheren als demselben Richter überhaupt, obgleich in bestimmten Fällen, angebracht werden kann, sollte da gegen ein nichtschiedsrichterliches, aber nichtiges Erkenntniß des genannten obersten Gerichtes die zumal nicht ausdrücklich verworfene Nichtigkeitsklage nicht analog und folgeweise Statt finden?—

---

1) §. 57 und 48.
2) §. 1172 u. f. §. 1244 u. f. und §. 1251 u. f.
3) §. 1175 1252 u. 1253.
4) §. 210.
5) a. a. O.

§. 48.

Kurfürstl. Hessisches Oberappellationsgericht zu Kassel.

Die Oberappellationsgerichtsordnung vom 15 Febr. 1746 bestimmt, daß an dieses oberste Gericht bürgerliche Rechtssachen gehören sollen, welche per appellationem seu querelam nullitatis an dasselbe gebracht werden [1]), und daß gegen dessen Erkenntnisse nur das Rechtsmittel der Restitution und die Syndicatsklage [2]), aber nicht die remedia revisionis und transmissionis actorum Statt haben sollen [3]). Durch ein Erkenntniß vom 23 April 1823 [4]) ist in Bezug auf die Nichtigkeitsklage gegen ein obergerichtliches Erkenntniß die Frage: ob ein Erkenntniß, als wegen eines dem Gerichte vorgeworfenen Versehen nichtig, nur durch ein devolutives Rechtsmittel angefochten werden könne, von dem Oberappellationsgerichte nach der Ansicht von Tafinger, Pütter und Gönner gegen die Ansicht von Danz, v. Almendingen, Martin und Grollmann, und zwar mit Bezug auf L. 55 D. de re judicata (42. 1.) bejahend entschieden worden. Ein neueres Erkenntniß des Kurhessischen Oberappellationsgerichts vom 25. Novemb. 1836 [5]) hat zuerst eine, gegen ein Erkenntniß desselben selbst angestellte Nichtigkeitsklage aus dem Grunde, „weil nach der Ober-Appellations-Gerichts-Ordnung gegen ein Erkenntniß des Ober-Appellations-Gerichtes, das Rechtsmittel der Restitution und die Syndicatsklage abgerechnet, ein weiteres Rechtsmittel nicht zuläßig sei, und insbesondere die Nichtigkeitsbeschwerde nach unbezweifelt feststehender Praxis der Kurhessischen Gerichte nur als devolutives Rechtsmittel geltend gemacht werden könne, als unstatthaft zurückgewiesen".

---

1) Tit. III. §. 1. 2) Tit. VII. §. 2 u. 3. 3) Tit. VII. §. 1. 4) in der Sache Philippsthaler Anwalt wider den Cammeranwalt. 5) in der im Vorworte berührten Rechtssache des Verfassers, welche im zweiten Hefte ausführlich dargestellt werden wird.

§. 49.

Großherzogl. Hessisches Oberappellationsgericht zu Darmstadt.

Schon in einer am 17 März 1797 zur Beförderung und Beschleunigung einer unpartheiischen Justitzpflege ergangenen Landgräfl. Hessen-darmstädtischen Verordnung war in Betreff der Nullitäten bestimmt:

„Ein und zwanzigstens. Um die unter den Rechtslehrern bisher sehr streitig gewesene Frage: welche Nullitäten im Proceß zu den heilbaren und welche hingegen zu den unheilbaren zu rechnen seien, zu entscheiden, verordnen Wir, daß alle diejenige Urtheile unheilbar nichtig sein sollen; wo

1) ein Mangel an der Person des Richters erscheinet, derselbe zu seinem Amt physischunfähig, bestochen, aus irgend einer Ursache rechtmäßig recusiret oder incompetent gewesen ist.

2) Wenn auf Seiten der litigirenden Partheien etwas ermangelt, nämlich eine oder die andere nicht personam standi in judicio gehabt, der Kläger nicht ad causam, oder die Anwälte nicht ad processum legitimiret gewesen sind, oder

3) es an den wesentlichen Stücken des Processes fehlt, also entweder keine Ladung ergangen, oder die ergangene nichtig ist, keine Litiscontestation geschehen, der Beklagte mit seinen Exceptionen nicht gehöret, oder ohne allen Beweis verurtheilt worden ist;

4) wenn in den meritis causae ein wichtiger Fehler untergelaufen, nämlich a) contra jus in thesi, b) gegen ein vorhergehendes rechtskräftiges Urtheil sententioniret, c) in der Sentenz ein Rechnungsfehler, oder d) etwas unmögliches oder widersprechendes enthalten, oder e) dieselbe auf falsche Zeugnisse oder Documente gegründet ist.

Es ist aber eine Sentenz nur in dem Fall als contra jus in thesi laufend anzusehen, wenn aus den Entscheidungs-Gründen oder aus dem Appellations-Bericht, oder sonst woher offenbar erhellet, daß der Richter einen ganz unzweifelhaft falschen Rechtssatz zum Grund seiner Entscheidung gelegt habe. Dahingegen streitet die Sentenz nicht contra jus in thesi, wenn der zum Grund gelegte Satz noch unter den Rechtsgelehrten streitig ist, oder der Urtheiler ein an sich richtiges principium nur unrecht angewendet hat.

Zwei und zwanzigstens. Um aber allen Mißbräuchen vorzubeugen, soll die exceptio nullitatis eben so wie die Querel, an die Frist von 30 Jahren gebunden sein, auch sollen beide nur alsdann effectum suspensivum haben, wenn aus der Execution der Sentenz ein unersetzlicher Schade entsteht. Endlich und

Drei und zwanzigstens, soll auch, wenn wider Verhoffen ein Erkenntniß Unseres Ober-Appellations-Gerichts mit einer der vorhin

bestimmten unheilbaren Nichtigkeiten behaftet sein sollte, die querelam oder exceptionem nullitatis gegen dasselbe vorzubringen, unverwehret sein".

Diese gesetzliche Bestimmungen sind in der Landgräfl. Hessischen provisorischen Verordnung zur Einführung eines gleichförmigen und zweckmäßigen Verfahren in allen an das Oberappellationsgericht gelangenden Rechtssachen vom 5. August 1804 wörtlich wiederholt.

Vor allen anderen Particulargesetzgebungen über die Nichtigkeitsklage, und die besondere hier vorschwebende Frage ist die eben vollständig mitgetheilte, als die früheste und bestimmtere, der Natur der Sache und den Römischen und Deutschen Gesetzen größtentheils getreue Gesetzgebung als ausgezeichnet zu rühmen.

§. 50.

Herzogl. Schleßwigholsteinlauenburgisches Oberappellationsgericht zu Kiel.

In der am 15 May 1834 erlassenen provisorischen Gerichtsordnung für das Schleßwigholsteinlauenburgische Oberappellationsgericht zu Kiel, welches am 1 Octob. desselben Jahres seine Thätigkeit begonnen hat, ist im vorletzten §. 119 verordnet, daß gegen Entscheidungen des Oberappellationsgerichts kein anderes Rechtsmittel als die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand Statt finde. Nach einer glaubwürdigen Autorität würde aber in dem Falle, daß ein Erkenntniß dieses obersten Gerichts als nichtig angefochten werden könnte, die Nichtigkeitsklage, durch das angeführte Gesetz nicht ausgeschlossen, allerdings statthaft sein.

§. 51.

Großherzogthum Luxemburg.

In dem zum Deutschen Bunde gehörigen Großherzogthume Luxemburg giebt es, so wie in Frankreich, blos Friedensgerichte, Tribunale erster Instanz, einen Appellationshof und einen Cassationshof. Von den Aussprüchen jener Tribunale appellirte man vor der Belgischen Revolution an den Appellationshof in Lüttich, dessen eine Kammer zugleich als Cassationshof erkannte, weil ein besonderer Cassationshof damals noch nicht eingesetzt war. Nach derselben ist die Einrichtung getroffen worden, daß das Tribunal erster Instanz zu Luxemburg zugleich

als Appellationsgericht, und eine Kammer desselben zugleich als Cassationshof spricht.

Die hier noch bestehende französische Gerichtsverfassung, welche nur zwei eigentliche Instanzen kennt, ist von der Deutschen, welche in der Regel und ziemlich allgemein deren drei gewähret, so verschieden, daß die hier behandelte Frage im Großherzogthume Luxemburg, wo ein solches Oberappellationsgericht nicht vorhanden, gar nicht zur Sprache kommen kann.

§. 52.

Herzogl. Braunschweigisches und Fürstl. Waldeck- und Lippeisches Oberappellationsgericht zu Wolfenbüttel.

Bei dem gemeinschaftlichen, für das Herzogthum Braunschweig, und die Fürstenthümer Waldeck, Pyrmont, Lippe und Schaumburg-lippe seit 1817 bestellten und auf den gemeinen Deutschen Civilproceß vorerst verwiesenen Oberappellationsgerichte zu Wolfenbüttel ist seitdem nur ein einziger Fall einer gegen ein Erkenntniß desselben angestellten Nichtigkeitsklage vorgekommen, in welchem die Querel aus blos materiellen Gründen verworfen, die Zuläßigkeit derselben also formel anerkannt worden. Ein als Handschrift im Jahre 1818 gedruckter Entwurf [1]) einer Ordnung für dieses oberste Gericht enthielt folgende Bestimmungen: "Die Nichtigkeits-Beschwerde findet nur dann gegen ein Erkenntniß des Ober-Appellations-Gerichtes statt, wenn solches entweder absolut wesentliche Theile des Processes verletzte, oder gegen klare Bestimmung specieller Landesgesetze, gegen die Acten, oder gegen diese Ordnung erkannte. Für wesentliche Mängel im Processe sollen aber allein geachtet werden 1) ein Defect in den Personen der Richter, 2) die fehlende Legitimation einer Parthei zur Sache, 3) oder eines Procurators zum Processe, 4) wenn gegen jemand, welcher nicht gehört ist, und sich nicht im Ungehorsame befindet, ein Erkenntniß abgegeben, woraus ihm Nachtheil erwachsen kann. Dieses Rechtsmittel muß binnen einer Nothfrist von zwei Monaten mit Production einer Specialvollmacht eingelegt und gerechtfertiget werden, hat aber keine Suspensivkraft" [2]).

Nachdem die vereinten Höfe einige Jahre über dieses Project unter einander correspondiret hatten, ward dasselbe von einer gemeinschaftlichen Commission revidiret, und ein neuer Entwurf gefertiget, welcher über die Nichtigkeitsklage bestimmte: „In Ansehung unheilbarer Nichtigkeiten wegen Mangels an absolut wesentlichen Theilen des Processes hat es im Allgemeinen bei den in der Natur der Sache liegenden gemeinrechtlichen Grundsätzen sein Verbleiben. Sollte aber eine Parthei eine Beschwerde wegen unheilbarer Nichtigkeiten als ausserordentliches Rechtsmittel wider ein Erkenntniß des Ober-Appellations-Gerichtes ausführen wollen, so hat sie solche binnen einer Nothfrist von drei Monaten daselbst einzubringen, und zu rechtfertigen. Der Procurator muß sich jedoch dazu mittelst einer speciell darauf gerichteten Vollmacht legitimiren. Dieses Rechtsmittel hat keine Suspensivkraft. Doch steht es dem Gerichte frei, ihm solche in dem Falle eines den Querulanten bedrohenden unersetzlichen Nachtheils beizulegen“ [3]).

Diese Bestimmung ist wörtlich in die im Jahre 1835 promulgirte Gerichtsordnung für das gedachte Oberappellationsgericht übergegangen [4]).

---

1) geflossen aus der Feder eines würdigen Gliedes jenes obersten Gerichtshofes, des Herrn geheimen Rathes Freiherrn von Strombeck, welchem die Mittheilung dieser Nachrichten verdanket wird.

2) §. 277. 116. und 279. des Entwurfs.

3) §. 111. des neuen Entwurfs.

4) §. 109 der verkündeten Gerichtsordnung. M. s. die Herzogl. Braunschweigische Gesetz- und Verordnungssammlung Num. 44. vom 2. Oct. 1836. S. 727.

§. 53.

Großherzogl. Mecklenburgisches Oberappellationsgericht zu Parchim.

Bei dem Großherzogl. Mecklenburgischen, beiden Großherzogthümern gemeinschaftlichen Oberappellationsgerichte hat man den Fall einer manifesten Nullität eines Erkenntnisses desselben, wie die Oberappellationsgerichtsordnung sich selbst darüber ausspricht [1]), nicht erwartet. Sollte aber je die Frage von einer nullitas manifesta bei dem gedachten obersten Gerichte vorkommen; so wird die Sache entweder einer eigends zu bestellenden außerordentlichen richterlichen Behörde,

oder der ordentlichen oder außerordentlichen Visitation, eben so wie im Falle einer Syndicatsklage[2]), überlassen[3]).

---

1) Oberappellationsgerichtsordnung vom 1. Jul. 1818. §. 87.
2) a. a. O. §. 87. 89.
3) v. Kampz Handb. des Mecklenb. Civ. Proc. Zweite Ausg. bearbeitet vom Freiherrn von Rettelbladt §. 216.

§. 54.

Herzogl. Nassauisches Oberappellationsgericht zu Wiesbaden.

Bei dem Herzogl. Nassauischen Oberappellationsgerichte zu Wiesbaden ist die Frage von Statthaftigkeit der Nichtigkeitsklage gegen ein Erkenntniß desselben weder gesetzlich entschieden, noch soll ein solcher Fall bei demselben zur Entscheidung vorgekommen sein. In dem Entwurfe zu einer neuen Oberappellationsgerichtsordnung, welcher aber nicht zum Vollzuge gekommen, soll auf eine bejahende Bestimmung angetragen worden sein.

§. 55.

Großherzogl. und Herzogl. Sächsisches Oberappellationsgericht zu Jena.

Die provisorische Ordnung des gemeinschaftlichen Oberappellationsgerichtes zu Jena für die Großherzogl.- und Herzogl. Sachsenernestinischen, auch Fürstl. Reußischen Lande vom 16. Oct. 1816 verordnet in Betreff der Nichtigkeitsklage gegen Erkenntnisse desselben Folgendes:

„Gegen ein Ober-Appellations-Gerichts-Erkenntniß soll nur alsdann eine Nichtigkeitsbeschwerde erhoben werden können, wenn durch solches

a) absolut wesentliche Bestandtheile des Processes (substantialia processus) verletzt worden; oder

b) gegen den klaren Buchstaben specieller Landesgesetze, oder auch

c) gegen frühere, öffentlich bekannt gemachte, und nicht etwa seitdem durch Landesherrliche Verordnungen unanwendbar gewordene praejudicia des Ober-Appellations-Gerichtes selbst gesprochen wäre;

Namentlich soll die Behauptung: daß vom Ober-Appellations-Gericht gegen den Inhalt des gemeinen Rechts (contrae jus commune in thesi) erkannt worden sei, die Nichtigkeitsbeschwerde nicht begründen.

---

1) Tit. 2. §. 24.

§. 56.

Großherzogl. Oldenburgisches Oberappellationsgericht zu Oldenburg.

Bei dem Großherzogl. Oldenburgischen Oberappellationsgerichte zu Oldenburg ist die Frage von Statthaftigkeit der Nichtigkeitsklage gegen ein Erkenntniß desselben weder gesetzlich bestimmt, noch bis jetzt vorgekommen. Da indeß nach der allgemeinen Proceßordnung Nichtigkeitsbeschwerden nur im Wege der Appellation an den höheren Richter angebracht werden können, das Oberappellationsgericht aber keinen höheren Richter über sich hat; so glaubt man, daß das Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde gegen Erkenntnisse desselben nicht Statt finde; daß aber damit, da der Fall einer begangenen Nichtigkeit bei demselben doch denkbar sei, der Antrag an die höchste Behörde zur Justizaufsicht um eine außerordentliche Revisionscommission nicht ausgeschlossen sei.

§. 57.

Herzogl Anhalt- und Fürstl. Schwarzburgisches Oberappellationsgericht zu Zerbst.

In der, auf die Jenaische Oberappellationsgerichtsordnung gebauten, für die Herzogl. Anhaltische, und Fürstl. Schwarzburgische Lande unter dem Titel: Gesetzliche Vorschriften die Competenz des gemeinschaftlichen Oberappellationsgerichtes zu Zerbst und das gerichtliche Verfahren bei demselben betr. vom 16. Septemb. 1817 erschienenen provisorischen Oberappellationsgerichtsordnung ist verordnet:

„Wenn jemand, daß durch ein Erkenntniß des Ober-Appellations-Gerichtes 1) absolut wesentliche Bestandtheile des Processes verletzt, oder 2) gegen den klaren Inhalt dieser Ober-Appellations-Gerichts-Ordnung oder der speciellen Landesgesetze gesprochen worden sei, behaupten wollte, so soll demselben nachgelassen sein, bei dem Inspectionshofe, innerhalb einer doppelten Sächsischen Frist um Revision

nachzusuchen, welcher alsdann, und nachdem jeder streitende Theil mit einer resp. Ausführung und Wiederlegung der vermeintlichen Beschwerde, mit Gestattung einer vierwöchentlichen Frist, gehört worden, von einem auswärtigen Rechtscollegio erkennen, das eingeholte Erkenntniß aber bei dem Ober-Appellations-Gerichte den Partheien eröffnen lassen wird" [1]).

---

1) §. 52. v. Röder a. a. O. S. 185.

§. 58.

Gemeinschaftliches Oberappellationsgericht der vier freien Städte zu Lübeck.

Die Gerichtsordnung für das gemeinschaftliche Oberappellationsgericht der vier freien Städte Deutschlands, Lübeck, Frankfurt, Bremen und Hamburg verordnet, daß „die Nichtigkeitsbeschwerde gegen Erkenntnisse und Verfügungen des Ober-Appellations-Gerichts unter denselben Bedingungen, welche bei Nichtigkeitsbeschwerden gegen ein Obergericht vorgeschrieben sind, zulässig sein solle, nehmlich wenn sie auf einen wesentlichen Mangel in Hinsicht der Gerichtspersonen, oder der Person der Partheien, oder des gerichtlichen Verfahren sich gründet, und daß dieselbe keine Suspensivwirkung, außer dem Falle eines dadurch erwachsenden unersetzlichen Nachtheils, haben solle [1])."

---

1) §. 174 u. 41.

§. 59.

Die Particulargesetzgebung und Praxis der Deutschen obersten Gerichtshöfe im Überblicke zusammengefaßt.

Wenn wir nun die eben (§. 41 — 58) vorgetragene Particulargesetzgebung und Praxis der sämmtlichen Deutschen obersten Gerichtshöfe, und zwar mit Uebergehung des Großherzogthums Luxemburg, in welchem die bisher behandelte Frage gar nicht zur Sprache kommen kann (§. 51), zusammenfassen, so ergiebt sich uns nachfolgende Uebersicht.

Es haben nehmlich die Frage von Statthaftigkeit der Nichtigkeitsklage gegen oberstrichterliche Erkenntnisse beantwortet

1) Kais. Oesterr. oberste Justitzstelle zu Wien . . bejahend (§. 41)
2) Kön. Preuß. geh. Obertribunal zu Berlin . . bejahend (§. 42)
3) Kön. Bayer. Oberappellationsger. zu München bejahend (§ 43)
4) Kön. Sächs. Oberappellationsger. zu Dresden bejahend (§. 44)
5) Kön. Hannov. Oberappellationsger. zu Celle . bejahend (§. 45)
6) Kön. Würtem. Obertribunal zu Stuttgardt . . verneinend (§. 46)
7) Großherz. Badensches Oberappellationsgericht zu Carlsruh . . . . . zweifelhaft (§. 47)
8) Kurfürstl. Hess. Oberappellationsger. zu Kassel. verneinend (§. 48)
9) Großherz. Hessisches Oberappellationsgericht zu Darmstadt . . . . . bejahend (§. 49)
10) Herz. Schleßwigholsteinlauenburgisches Oberappellationsgericht zu Kiel . . . . . bejahend (§. 50)
11) Herz. Braunschw. verein. Oberappellationsger. zu Wolfenbüttel . . . . . bejahend (§. 52)
12) Großh. Mecklenb. verein. Oberappellationsger. zu Parchim . . . . . bejahend (§. 53)
13) Herzogl. Nassauisches Oberappellationsgericht zu Wiesbaden . . . . . zweifelhaft (§. 54)
14) Großh. u. Herz. Sächs. Oberappellationsger. zu Jena . . . . . bejahend (§. 55)
15) Großherz. Oldenburg. Oberappellationsgericht zu Oldenburg . . . . . bejahend (§. 56)
16) Herz. Anhalt. verein. Oberappellationsgericht zu Zerbst . . . . . bejahend (§. 57)
17) Oberappellationsger. der vier freien Städte zu Lübeck . . . . . bejahend (§. 58)

Von 17 obersten Gerichten aus den zum Theil vereinten Deutschen Bundesstaaten haben demnach für die Statthaftigkeit der Nichtigkeitsklage gegen ihre Erkenntnisse sich 13 entschieden. Bei den meisten derselben soll diese Klage bei denselben obersten Gerichten, bei einem als Revision (§. 41) und bei zweien vor einer Revisions-Commission (§. 56) oder einem Specialgerichte (§. 53) Statt finden. Außer jenen 13 ist bei 2 obersten Gerichten die Entscheidung über die Frage noch

zweifelhaft, würde aber vorkommenden Falles wahrscheinlich als bejahend zu erwarten sein (§. 47 u. 54), und dann die Zahl der bejahenden Gerichte auf 15 von 17 überhaupt erhöhen.

Nur 2 oberste Gerichtshöfe haben die Frage auf den Grund der Praxis der dortigen Gerichte, nach welcher die Nichtigkeitsklage oder Beschwerde nur bei dem höheren Richter angestellt, oder als devolutives Rechtsmittel geltend gemacht werden könne, unbedingt verneinet (§. 46 u. 48). Es ist jedoch bei Einem derselben (§. 46) für den vorkommenden Fall einer solchen Nichtigkeitsklage die Bestellung eines besonderen Cassationstribunals, oder Specialgerichts gesetzlich begründet, und wir würden eben darum dieses oberste Gericht zu den bejahenden haben zählen dürfen, so daß nur ein einziges unbedingt verneinendes oberste Gericht übrig geblieben wäre (§. 48), wenn nicht, wie sich noch (§. 65) ergeben wird, in dem berührten Rechtsfalle die Anordnung eines solchen besonderen Gerichtes, als der bestehenden Gerichtsverfassung zuwider, ausdrücklich verworfen worden wäre.

Es kann hierbei nicht unbemerkt bleiben, daß die bejahende Entscheidung der Mehrzahl der Deutschen obersten Gerichte größtentheils auf die ausdrückliche Particulargesetzgebung derselben, und nur von dreien auf die Praxis, oder auf glaubwürdige Autoritäten, indem bei diesen die Frage noch gar nicht vorgekommen, gegründet sei, von welchen die erste eine analoge Anwendung der Reichshofrathsordnung zu sein scheinet (§. 41), die beiden letzten aber, wenn die Bescheidenheit erlaubte, sie zu nennen, gewiß als vollwichtig erscheinen würden (§. 50 u. 56).

Aus dieser Uebersicht der Particulargesetzgebung und Praxis der sämmtlichen Deutschen obersten Gerichtshöfe in Bezug auf die Frage von Statthaftigkeit der Nichtigkeitsklage gegen die Erkenntnisse derselben ergiebt sich:

1) Bei keinem dieser Gerichte ist die Nichtigkeitsklage gegen Erkenntnisse derselben gesetzlich und ausdrücklich als unstatthaft verworfen. Vielmehr ist bei der überwiegenden Mehrzahl derselben die Statthaftigkeit derselben größtentheils gesetzlich ausgesprochen, oder wenigstens dem gemeinen Römischdeutschen Rechte gemäß anerkannt.

2) Die Particulargesetzgebung der Mehrzahl ist in der Hauptsache, und in Bezug auf unsere Frage dem gemeinen Rechte, besonders den

Dispositionen des J. R. A. §. 121 u. 122 treu geblieben, und nur in einzelnen Puncten oder Modificationen davon abgewichen, so daß dieselbe über jene Frage nichts Neues bestimmt, nur das bereits gesetzlich Bestimmte anerkannt und wiederholet hat.

3) Wenn schon in der Vorzeit, selbst als noch die Reichsgerichte bestanden haben, und gegen die Erkenntnisse der Oberappellationsgerichte die Nichtigkeitsklage bei denselben angestellt werden konnte (§. 24), einzelne Gerichtsordnungen jener obersten Gerichtshöfe die Statthaftigkeit der Nichtigkeitsklage gegen Erkenntnisse derselben, und zwar bei ihnen selbst ausgesprochen haben, wovon wir ein merkwürdiges Beispiel angeführt haben (§. 49), so haben dagegen alle neuere Oberappellationsgerichtsordnungen, besonders jene der vereinigten Länder, eben dasselbe gesetzlich angeordnet. Dieses, und daß selbst bei einigen obersten Gerichten die zur Entscheidung noch nicht vorgekommene Frage durch glaubhafte Autoritäten eben so beantwortet worden ist, liefert den Beweis, daß die Rechtswissenschaft auch in dieser schwierigen und bestrittenen Lehre Fortschritte gemacht, und selbst auf die Gesetzgebung eingewirkt hat.

§. 60.

Die Mehrzahl der Deutschen obersten Gerichte, welche die Statthaftigkeit der Nichtigkeitsklage gegen ihre Erkenntnisse bejahet.

Ist nach dem, was wir bisher (§. 40 — 59) vorgetragen haben, der Beweis hergestellet, daß die überwiegende Mehrzahl der Deutschen obersten Gerichtshöfe schon jetzt wirklich, auch ohne Rücksicht auf die Wahrscheinlichkeit für die nächste Zukunft, für die Statthaftigkeit der Nichtigkeitsklage gegen ihre Erkenntnisse, gestützt auf Gesetz und Herkommen, sich entschieden ausspricht, so haben wir damit das vierte Argument für unsere Thesis, daß die übereinstimmende Gesetzgebung und Praxis der meisten Deutschen obersten Gerichtshöfe die behauptete Statthaftigkeit der Nichtigkeitsklage gegen die Erkenntnisse derselben bestärke (§. 40), hinreichend nachgewiesen und begründet. Gewiß, es ist nicht wohl abzusehen, wie nach diesem gelieferten Beweise der überwiegenden Mehrzahl der obersten Deutschen Gerichte, welche die bisher behandelte Frage bejahend entscheiden, noch ein Einziges hinter derselben zurückbleibend,

sich zu einer gegentheiligen Praxis bekennen könne, und so hätten wir nun die Frage von Statthaftigkeit der Nichtigkeitsklage gegen Erkenntnisse der Deutschen obersten Gerichte (§. 37) durch vier gewichtvolle Argumente, und zwar nach der Natur der Sache (§. 37), nach dem gemeinen Rechte (§. 38), nach der Eigenschaft der obersten Gerichtshöfe als Stellvertreter der aufgelöseten Reichsgerichte (§. 39), und nach der Particulargesetzgebung und Praxis der Mehrzahl jener Gerichte (§. 40 — 59) hinreichend, wie wir glauben, gelöset. Wir dürfen aber diese Frage als völlig abgethan nicht eher verlassen, als bis wir uns auch noch mit der von der Minderzahl der Deutschen obersten Gerichte behaupteten Unstatthaftigkeit der Nichtigkeitsklage gegen ihre Erkenntnisse, und deren Wiederlegung beschäftiget, den für die Statthaftigkeit angeführten Gründen, besonders dem gemeinen Römischdeutschen Rechte (§. 38) die gebührende Achtung und Anerkennung von dieser Minderzahl zur Entfernung jedes möglichen Zweifels vindiciret haben werden.

§. 61.

Die Minderzahl der Deutschen obersten Gerichte, welche die Statthaftigkeit der Nichtigkeitsklage gegen ihre Erkenntnisse verneinen, und die Praxis derselben.

Diese so äusserst gering zählende Minderzahl (§. 59) stützet ihre Behauptung der Unstatthaftigkeit der Nichtigkeitsklage gegen ihre Erkenntnisse auf die blose Praxis der Gerichte des Landes, vermöge welcher die Nichtigkeitsklage nur bei dem höheren Richter angebracht, oder die Nichtigkeitsbeschwerde nur als devolutives Rechtsmittel gebraucht werden könne (§. 46 u. 48). Wir nehmen die Ausdrücke: die Nichtigkeitsklage kann nur bei dem höheren Richter angebracht werden, und die Nichtigkeitsbeschwerde kann nur als devolutives Rechtsmittel geltend gemacht werden, für völlig, was sie der Sache nach sind, gleichbedeutend, und unterwerfen die Praxis, daß die Nichtigkeitsklage oder Beschwerde nur bei dem höheren Richter angebracht werden könne, und die daraus gezogene Schlußfolge, daß sie also gegen ein Erkenntniß eines obersten Gerichts ganz unstatthaft sey, einer genaueren Prüfung.

Vorerst kann man hierbei billig fragen, ob denn auch die Mehrheit und Gleichförmigkeit der Rechtsfälle und Rechtserkenntnisse, aus wel-

chen ein Gewohnheitsrecht oder Gerichtsgebrauch abstrahiret werden kann [1]), wirklich vorhanden sey, was doch wohl, wenn es nicht schon überhaupt auf eine rechtsgiltige Art von den Gerichten, besonders dem obersten Gerichte, etwa durch einen sogenannten gemeinen Bescheid, ausgesprochen worden ist, in dem einzelnen Falle einer Nachweisung bedürfen wird. Man kann fragen, ob denn auch ein jus dubium, was Kopp zur Bildung eines Präjuditzes mit Recht erfordert [2]), oder eine wirkliche Controverse über die in der Mitte liegende Rechts- oder vielmehr Gesetzfrage vorhanden sei, was, die Sache beym Lichte besehen (§. 28), der Fall gar nicht ist. Man kann endlich auch noch fragen, ob die Gerichte zur Entscheidung dieser Frage als zweifelhaft mittelst Feststellung eines solchen rechtsgiltigen Gerichtsgebrauchs durch vorhergegangene oder nachgefolgte Autorisation des Gesetzgebers befähiget gewesen seyen [3]), was in constitutionellen Staaten, wie hier der Fall ist, bei dem verfassungsmäßigen Antheile der Ständeversammlungen an der Gesetzgebung sehr schwer nachzuweisen seyn dürfte. Wir zweifeln sehr, ob die angegebene Praxis der zwei Deutschen obersten Gerichte die Prüfung nach den bemerkten drei Rücksichten bestehen wird. Dieser bedürfen wir aber nicht einmal, um den Unbestand der fraglichen Praxis nachzuweisen.

Schon früher haben wir den Beweis geliefert, daß die Römischen Gesetze die Rescission eines nichtigen Erkenntnisses ohne Provocation, also bei demselben Richter, der dasselbe gefällt hat, zulassen (§. 14), daß die Deutschen Gesetze die Nichtigkeitsverfolgung als eine Klage, und zwar als eine während der Dauer persönlicher Klagen anstellbare, folglich persönliche Klage erkennen, und daß sie ausdrücklich diese Klage bei demselben Richter zu prosequiren gestatten, obgleich sie dieselbe auch bei dem höheren Richter zulassen (§. 22 u. 26), daß folglich nach gemeinem Rechte die Nichtigkeitsklage sowohl bei demselben als dem höheren Richter Statt finde (§. 26), und dadurch dem Querulanten ein Wahlrecht eingeräumt sei, die Klage entweder bei demselben oder dem höheren Richter, so gut bei jenem, als bei diesem anzustellen (§. 27). Diesem hoffentlich zureichend nachgewiesenen gemeinen Rechte widerspricht die berührte Praxis offenbar, verletzet das berührte Wahlrecht, und die Gesetze, welche dasselbe verleihen, und maßet sich an, eine Frage, welche die Gesetze bereits klar und ausdrücklich beantwortet

haben, durch Gerichtsgebrauch anderst und diesen zuwider zu entscheiden. Recht auffallend wird dieses besonders in Ansehung des Satzes, welcher die Nichtigkeitsbeschwerde nur als devolutives Rechtsmittel gelten läßt, wenn man diese Praxis mit den Bestimmungen der §§. 121 u. 122 des Reichsabschiedes von 1654 vergleichet. Im ersten Absatze wird für die angebliche Nullitäten das devolutive Verfolgungsmittel der Appellation mit ihren Nothfristen festgesetzt, und in dem zweiten wird als Verfolgungsmittel der wirklichen Nullitäten die Klage mit dreißigjähriger Verjährung — anstellbar vermöge ihrer wesentlichen Eigenschaft beim nehmlichen Richter, und vermöge früherer Deutschen Gesetze beim höheren Richter — anerkannt (§. 18 19 u. 20). Dieses letzte Verfolgungsmittel macht die Praxis auch zu einem devolutiven Rechtsmittel, stellt dieses dem ersten völlig gleich, während das Gesetz offenbar unterscheidet, und entgegenstellt, und macht so den Inhalt des zweiten Absatzes, gewiß dem Ausdrucke sowohl als dem Geiste des Gesetzes zuwider, ganz bedeutungslos, oder erschaffet damit ein neues devolutives Rechtsmittel mit dreißigjähriger Dauer gegen die allgemeinsten Rechtsgrundsätze. Diese Praxis ist demnach gesetzwidrig, und, wenn von ihr, was von einem gesetzwidrigen Erkenntnisse gilt (§. 5 u. 35), selbst nichtig.

Abgesehen von der Gesetzwidrigkeit dieser Praxis, kann die Thesis, daß die Nichtigkeitsklage nur bei dem höheren Richter angestellt werden könne, zwar auf untergerichtliche und obergerichtliche Erkenntnisse wohl angewendet werden. Auf oberstgerichtliche Erkenntnisse aber ist sie nicht anwendbar, weil die Bedingung der Anwendbarkeit, der höhere Richter, hier fehlet (§. 30) [4]). Diese Thesis, nur auf Untergerichte und Obergerichte und ihre Erkenntnisse anwendbar, auf oberste Gerichte und deren Erkenntnisse, auf welche sie gar nicht passen, und denen die Bedingung der Anwendung fehlet, anwenden, und darauf eine fortwährende Praxis bauen wollen, ist ungereimt, und eine unrichtige Generalisirung einer für den concreten Fall der Nichtigkeitsklage gegen unter- und obergerichtliche Erkenntnisse nicht einmal richtigen Entscheidung der Statthaftigkeit derselben nur bei dem höheren Richter (§. 30 am Ende). Doch, die Praxis der beiden obersten Gerichte scheinet sich so wenig um die Anwendung der einschlagenden Gesetze, als um die Anwendbarkeit ihrer Theorie auf oberstrichterliche Erkenntnisse zu

kümmern; sie will vielmehr eben durch den Mangel eines höheren Richters beweisen, daß die Nichtigkeitsklage gegen ihre Erkenntnisse gar nicht Statt finde. Dieß führet uns auf die aus dem Satze, daß die Nichtigkeitsklage nur bei dem höheren Richter angebracht werden könne, gezogene Schlußfolge, daß sie also gegen ein Erkenntniß eines obersten Gerichtes überhaupt unstatthaft sei.

Aus dem eben berührten Satze, daß die Nichtigkeitsklage nur bei dem höheren Richter angestellt werden könne, folgt natürlich nur soviel, daß die Nichtigkeitsklage gegen ein Erkenntniß eines obersten Gerichts nicht bei diesem Gerichte angestellt werden könne. Keineswegs folgt aber daraus, wie die beiden obersten Gerichte offenbar unlogisch schließen, daß die Nichtigkeitsklage gegen ein oberstrichterliches Erkenntniß überhaupt und gar nicht angestellt werden könne. Es ist dieses von selbst so klar, daß es eines streng syllogistischen Beweises gar nicht bedarf. Wir haben aber früher nachgewiesen, daß ein oberstrichterliches Erkenntniß, wie jedes andere Erkenntniß, einer Nichtigkeit fähig sey (§. 5), daß ein solches nichtige Erkenntniß rechtsverletzend sey, und eine Klage dagegen, wie gegen jede Rechtsverletzung [5]) nothwendig Statt finden müsse (§. 3), und folgern daraus nun weiter, daß, wenn in einem Lande die Nichtigkeitsklage durchaus und nothwendig bei dem höheren Richter angestellt werden muß, die Nichtigkeitsklage gegen ein Erkenntniß des obersten Gerichts also nicht bei diesem, und nicht bei einem höheren ordentlichen Gerichte desselben, was gar nicht vorhanden, angestellt werden kann, eben so nothwendig ein ausserordentliches oder besonders Gericht, ein sogenanntes Specialgericht zur Anstellung, Verhandlung und Entscheidung der einzelnen Nichtigkeitsklage angeordnet werden müsse, wenn in dem Lande Recht und Gerechtigkeit noch walten und gepflegt werden, wenn Recht noch Recht, und Unrecht nicht auch Recht, oder wenn Nichts nicht Etwas seyn soll. So wäre auch das Irrthümliche jener Schlußfolge, und die wahre Folge des Satzes, daß die Nichtigkeitsklage nur bei dem höheren Richter Statt finde, in Bezug auf oberstgerichtliche nichtige Erkenntnisse dargethan.

Für die Praxis der gedachten obersten Gerichte, welche die Nichtigkeitsklage nur bei dem höheren Richter zuläßt, kann am Ende nur der einzige Grund angeführet werden, daß der Richter über seine eigene

Fehler nicht erkennen könne[6]). Dieser Grund, aus der Gesetzgebungspolitik hergenommen, ist aber von keiner der dargestellten Gesetzgebungen (§. 14—26) als allgemein entscheidend und bestimmend anerkannt. Dieses zeiget sich noch recht auffallend, wenn man die Nichtigkeitsklage mit der Syndicatsklage zusammenstellt, und beide Klagen miteinander vergleichet. Die Syndicats- oder subsidiarische Klage findet als persönliche Klage gegen das Gericht, welches den Streit sich zu eigen gemacht hat, und zwar bei eben demselben Gerichte Statt[7]). Sie findet eben so gegen das oberste Gericht, wenn es in gleichen Fall sich versetzt hat, und zwar bei eben demselben Statt, wie das Beispiel der Reichsgerichte, wenigstens in materieller Hinsicht, gezeigt hat (§. 25), und bei einem der obersten Gerichte sogar gesetzlich verordnet ist (§. 48). Hiernach hat die Syndicatsklage, welche viel gröbere Fehler, als die Nichtigkeitsklage verfolgt, gegen Erkenntnisse der obersten Gerichte und bei diesen selbst Statt. Und die Nichtigkeitsklage soll nicht bei demselben Gerichte, weil es über seine eigene Fehler nicht erkennen könne, Statt haben? Ueber geringere eigene Fehler soll der Richter nicht erkennen können, und über viel gröbere eigene Fehler, die ihn sogar zur Parthei machen, soll er erkennen können? Welche Inconsequenz!! —

Wir können daher die Praxis der beiden verneinden obersten Gerichte mit allem Fug als gesetzwidrig, irrig, und inconsequent, folglich als verwerflich achten, müssen aber zugleich bemerken, daß sie, dessenungeachtet beharrlich behauptet, keineswegs zur gerechten Verwerfung jeder Nichtigkeitsklage gegen ein oberstrichterliches Erkenntniß, sondern äußersten Falles zur nothwendigen Anordnung eines Specialgerichts für eine solche einzelne Nichtigkeitsverfolgung führe, wie dieses selbst bei zwei Deutschen obersten Gerichtshöfen, und zwar selbst bei einem der Gerichte, deren Praxis wir eben beleuchtet haben (§. 46 u. 53), gesetzlich anerkannt ist.

---

1) Haus a. a. O. §. 15.

2) a. a. O. num. 28. M. v. §. 63. Anm. 2.

3) Haus a. a. O. §. 23.

4) Früher, als noch die Reichsgerichte bestanden, ließ sich die Thesis, daß die Nichtigkeitsklage nur bei dem höheren Richter angebracht werden könne,

auch auf die obersten Landesgerichte, oder Oberappellationsgerichte in den sogenannten inappellablen Ländern anwenden (§. 24), was aber nun, nach aufgehobenen Reichsgerichten, nicht mehr möglich ist.

5) Wenn die von einem Staatsbürger gegen einen Anderen verwirkte Rechtsverletzung eine Klage darüber nothwendig zur Folge hat; wie vielmehr muß die von Seite eines Gerichts, welches die Rechte der Staatsbürger gegen Rechtsverletzungen zu schützen berufen ist, zumal eines obersten Gerichts, begangene Rechtsverletzung eine Klage zur Folge haben?

6) Zur Beschwichtigung der Besorgniß, daß der Richter nicht wohl über seine eigene Fehler, die Nichtigkeit eines Erkenntnisses, urtheilen könne, war es gewiß weit rechts- und zweckgemäßer, die Nichtigkeitsklage außer dem, daß sie nach der Natur der Sache und nach Römischem Rechte als persönliche Klage bei demselben Richter angestellt werden konnte, auch bei dem höheren Richter als solche zuzulassen, wie die älteren Deutschen Juristen und Cameralisten nach dem Beispiele des canonischen Rechts glaubten, als sie zu einem ausschließlich devolutiven Rechtsmittel ohne Nothfrist mit der Verjährung einer persönlichen Klage zu machen, wie einige neuere Rechtslehrer und Practiker versucht haben. Die Nothfrist ist dem Rechtsmittel, wie die Verjährung der Klage wesentlich eigen; die Nothfrist verträgt sich so wenig mit der Klage, als das Rechtsmittel mit der Verjährung, und es ist eine viel consequentere Gesetzgebung und Jurisprudenz, die Nichtigkeitsklage auch bei dem höheren Richter zuzulassen, als sie zu einem ausschließig devolutiven verjährbaren Rechtsmittel zu machen.

7) Schmidt Lehrb. u. Comment. §. 1295. J. G. A. Weidner Comment. ü. d. Schmidtische Lehrbuch. B. 4. S. 201. Diese Syndicatsklage, so wenig ein Rechtsmittel, und so gewiß eine persönliche Klage, als die Nichtigkeitsklage, soll ihren Ursprung, wovon sich im Römischen Rechte keine Spur findet, einem Institute des Mittelalters verdanken. Weidner a. a. O. J. Bodinus de Republ. Ed. tert. Francof. 1584 Lib. 4. cap. 4. p. 689.

§. 62.

Schattenseite der Praxis der Minderzahl Deutscher oberster Gerichte.

Nach dieser Prüfung der Praxis der wenigen Deutschen obersten Gerichte, welche die Statthaftigkeit der Nichtigkeitsklage gegen ihre Erkenntnisse abläugnen, von Seite des Rechts (§. 61), dürfen wir auch die Schattenseite derselben nicht unberühret lassen. In dieser Hinsicht erlauben wir uns folgende Bemerkungen:

1) Diese Praxis enthält einen Eingriff in die Gesetzgebungsgewalt, indem sie eine Frage zu entscheiden sich anmaßet, welche nur durch das

Gesetz, wenn es nicht schon geschehen wäre, entschieden werden konnte. Kann wohl die Frage von Statthaftigkeit der Nichtigkeitsklage gegen Erkenntnisse oberster Gerichte, welche besonders durch die Aufhebung der Reichsgerichte wichtig, und gewissermaaßen zweifelhaft geworden ist, nun ein Gericht durch seine Praxis allein, und zwar verneinend entscheiden?

2) Indem dieselbe die Nulle zu einer geltenden Zahl indirect zu stempeln trachtet, untergräbt sie die Garantie einer unbefangenen und sicheren Rechtssprechung. Sollen nichtige Erkenntnisse blos darum, weil ein oberstes Gericht sie gefällt hat, rechtsbeständig, unanfechtbar seyn?

3) Man hält es für bedenklich, oder gar entehrend für ein oberstes Gericht, gegen dessen Erkenntnisse Nichtigkeitsklagen zu gestatten; aber ist es dieses nicht noch weit mehr, wenn ein oberstes Gericht Nichtigkeiten sich zu Schulden kommen läßt? Verlangt eine wohl geordnete Rechtspflege wohl eher, sie mit dem Schleier der Nacht zu bedecken, als an das Tageslicht zu ziehen, und Recht zu verschaffen, wo Unrecht geübt worden?

4) Es ist viel leichter, Fehler zu begehen, als die begangenen und gerügten Fehler zu gestehen. Jenes ist menschliche Schwachheit und so verzeihbar. Aber begangene Fehler nicht gestehen, ihre Entdeckung und Bekennung abschneiden, und so gar nicht gefehlt haben wollen, ist unverzeihlicher, entehrender Eigensinn. Gewiß gilt der Ausspruch des weisen Kaisers Leopold II, daß die Regierung, welche nie gefehlet haben will, die schlechteste sey (§. 11 Note 2), auch von einem obersten Gerichte, welches dasselbe sich anmaaßet.

5) So setzt diese Praxis das Gericht, welches berufen ist, die Fehler untergeordneter Gerichte zu rügen und zu verbessern, dem gerechten Vorwurfe aus, daß es ihm widerwärtig sey, eigene Fehler zu erkennen und zu bekennen, daß es, von einem zweifelnden Gefühle unbefangener Rechtsprechung gemahnet, die Prüfung, und zwar die ehrende eigene Prüfung seiner Erkenntnisse gegen die Beschuldigung begangener wesentlicher Fehler scheue, und sich so das Privileg der Unfehlbarkeit, welche nicht einmal die Reichsgerichte für sich angesprochen haben, oder gar, wie ein von derselben angerufener Schriftsteller [1]) sagt, das privilegium de committendis nullitatibus aneignen wolle.

6) Nichtigkeit ist in der Rechtssprechung ein viel ärgerer Fehler als Rechtswidrigkeit. Nun ist in dem Instanzenzuge der Appellation und

Oberappellation, wo zwei- oder dreimal eine Rechtssache der richterlichen Dijudicatur unterliegt, eben dadurch für Vermeidung oder Verbesserung jeder Rechtswidrigkeit möglichst gesorget. Aber bei dem nichtigen Erkenntnisse eines obersten Gerichts soll nicht ein mal die Frage, ob dasselbe an einer Nichtigkeit wirklich leide, aufgeworfen werden können? Welche Rechtspflege! — Bei einem in letzter Instanz von einem obersten Gerichte gefällten rechtskräftigen Urtheile kann von einer Rechtswidrigkeit desselben keine Rede mehr seyn. Soll nun eben darum von der Nichtigkeit eines solchen Erkenntnisses die Frage nicht mehr seyn können? Welch ein Schluß! —

7) Schon das Ergebniß unserer Forschung, daß von sämmtlichen Deutschen obersten Gerichtshöfen die große überwiegende Mehrzahl, nehmlich 13 bestimmt, wahrscheinlich selbst 15, von 17 überhaupt, die Nichtigkeitsklage gegen ihre Erkenntnisse bei diesen selbst, oder einem besonderen Gerichte zulassen, oder zulassen würden, und nur 2 jener Praxis anhängenden Gerichte dieselbe zurückweisen (§. 60), muß nothwendig auf die Doctrin dieser Letzteren, als stationär gegen die der Ersteren zurückbleibend, einen höchst ungünstigen Schatten werfen.

8) Nur ungern müssen wir hierbei auf den Contrast aufmerksam machen, welcher sich bei zwei obersten Gerichten verwandter Nachbarstaaten zwischen der ausgezeichneten, dem gemeinen Rechte getreuen Gesetzgebung des Einen (§. 49) und der sich absöndernden, dem gemeinen Rechte widersprechenden Praxis des Andern (§. 48) ergiebt.

9) Wenn nun aber diese Praxis bei einem Erkenntnisse eines obersten Gerichts geltend gemacht wird, welches die Staatsregierung selbst als betheiliget mitbetrifft, und eine Handlung ungerechter Willkühr derselben, eine wirkliche rechtswidrige Bedrückung eines Staatsbürgers, nur durch Vernachläßigung wesentlicher Erfordernisse, folglich durch eine Nichtigkeit sanctioniret hat, um wie vieles muß da der auf jene Praxis fallende Schatten noch schwärzer werden?

10) Die Verlegenheiten, welche diese Praxis sowohl dem Gerichte selbst, als den die Rechtspflege beaufsichtigenden Behörden bereitet, und wir bei den sogleich zu erörternden Bekämpfungsmitteln derselben (§. 62 u. f.) näher kennen lernen werden, dürfen endlich bei der Schilderung der Schattenseite dieser Praxis nicht übergangen werden.

---

1) Tafinger l. c. §. 668.

§. 63.

Rechtliche Mittel zur Bekämpfung dieser Praxis. Deduction und Remonstration.

Ist die eben (§. 61 u. 62) beleuchtete Praxis der verneinenden Minderzahl der obersten Gerichtshöfe wirklich, wie nachgewiesen worden, eine praxis erronea et legi contraria, so muß es auch rechtliche Mittel zur Bekämpfung derselben geben, wenn anderst die Rechtspflege nicht zur Unrechtspflege werden soll. Bei Aufsuchung derselben setzen wir eine völlig begründete Nichtigkeitsklage (§. 70) voraus, um jeden Einwand von dieser Seite abzuschneiden.

Nichts natürlicher, als daß das erste dieser Bekämpfungsmittel in einer gezi'emenden Vorstellung oder Remonstration bei demselben obersten Gerichte, welches sich zu dieser Praxis bekennt, gesucht werden müsse. Jene Vorstellung und Ausführung wird, wenn es noch um die Rechtfertigung der Formalien, oder der formellen Berechtigung zur Anstellung der Nichtigkeitsklage gilt, mit dieser verwebt werden können, und so mit der Klage selbst vorgebracht werden. Diese Remonstration mit einer näheren Darstellung der Gesetzwidrigkeit und Irrthümlichkeit dieser Praxis wird da, wenn von Seite des Gerichts bereits eine blos formelle Verwerfung oder Zurückweisung der wirklich angestellten Nichtigkeitsklage erfolgt ist, bei eben demselben angebracht werden müssen und können. Diese Remonstration versucht es nur, dem Gerichte die Gelegenheit zu einer besseren Ueberzeugung von der Statthaftigkeit der Nichtigkeitsklage, und der Fehlerhaftigkeit seiner jene zurückweisenden Praxis zu geben, und wird wohl hier, wo von keinem Instanzenzuge, so wenig als von Rechtskraft die Rede sein kann, als unstatthaft nicht beschuldiget werden können [1]).

Sowohl der Zweck und die Natur der Sache, als die dem obersten Gerichte gebührende Rücksicht dictiren die Nothwendigkeit, zuerst auf diesem Wege die Bekämpfung jener Praxis zu versuchen. Die Motive zur näheren Ausführung wird die bisherige Behandlung derselben (§. 61 u. 62) zureichend darbiethen.

Auf eine solche Bekämpfung der befragten Praxis darf wohl erwartet werden, daß das oberste Gericht, bei welchem sie versucht wird, jene gesetzwidrige und irrthümliche Praxis verlassen [2]), zu dem gesetz-

lichen Wege zurückkehren, und sich so den übrigen Deutschen obersten Gerichtshöfen anreihen wird.

Ein nachahmungswürdiges, durch die öffentlichen Blätter verkündetes Beispiel der Abänderung und Verbesserung einer bisher befolgten unrichtigen Doctrin finden wir in zwei von dem Königl. Französischen Cassationshofe zu Paris bei versammelten Cammern auf den Vortrag des Königl. Generalprocurators Dupin im Junius und December 1837 gefaßten Beschlüssen. Die von den Französischen Gerichten früher angenommene, selbst von dem gedachten Cassationshofe in den Jahren 1818, 1824 und 1828 ausdrücklich gebilligte Jurisprudenz, daß die Tödung oder Verwundung im Duelle beim Mangel einer sie zum Verbrechen stempelnden Gesetzgebung nicht str.·bar sei, ward durch jene Beschlüsse, vorzüglich aus dem Grunde, daß die die Tödung oder Verwundung überhaupt und deren Strafe betreffenden Artikel des Strafgesetzbuches allgemein reden, und ohne eine Ausnahme zu Gunsten der Tödung oder Verwundung im Duelle zuzulassen, auch auf diese anwendbar seien, verworfen, und ein zweimaliges, jener früheren Jurisprudenz gemäß in derselben Sache ertheiltes Erkenntniß der Königl. Gerichtshöfe zu Orleans und zu Bourges wiederhohlt cassiret, und so eine dem Gesetze entsprechende neue Doctrin geltend gemacht [3]).

---

1) Eine solche Remonstration würde bei dem vormaligen Reichshofrathe unbezweifelt Statt gefunden haben. Pütter Nov. Epit. §. 312 bes. not. d.

2) Merkwürdige Worte spricht hierüber Kopp in den Decis. Cass. T. IV. Dec. 118. n. 28. „Es thut auch gar nichts, wenn sich etwa praejudicia in contrarium vorfinden sollten, und die O. A. G. Ordnung eine zu haltende Conformität in den praejudiciis vorschreibt. Dann die praejudicia sind nur alsdann von Belang, wann man in jure dubio versiret; wenn aber ein error endeckt, und das dubium gehoben wird: so ist der Richter an die vorherige consuetudinem judicandi nicht mehr gebunden. Quod enim non ratione introductum, sed errore primum, deinde consuetudine obtentum est, in aliis similibus non obtinet. L. 39. D. de legibus".

3) Gazette des Tribunaux. Juin et Decemb. 1837. Num. 3677 et 3828. Kurhess. allg. Landeszeit. v. 2. Jul. 1837. Num. 49. Art. Paris S. 193.

Bayerische Staatsbibliothek München

§. 64.

Beschwerde über Justitzverweigerung bei dem Justitzministerium.

Wenn das erste zur Bekämpfung der befragten Praxis angegebene Mittel (§. 63) fruchtlos bleibt, und das oberste Gericht bei seiner Praxis beharret, so entsteht die Frage, ob gegen einen solchen, der fehlerhaften Praxis inhärirenden Ausspruch desselben eine Beschwerde über Justitzverweigeruug bei dem Justitzministerium des Landes Platz greife, was nur dann der Fall sein kann, wenn diese Praxis und der bei ihr beharrende Ausspruch des obersten Gerichts eine Justitzverweigerung wirklich enthält. Eine solche ist aber dann gewiß vorhanden, wenn der gerichtlichen Verfolgung einer Rechtsverletzung der Rechtsweg abgeschnitten, wenn die Klage über eine wirkliche Rechtsverletzung geradezu, ohne damit den Kläger zu hören, a limine judicii abgewiesen wird, oder wenn, um mit Klüber[1]) zu reden, dem Kläger das rechtliche Gehör versagt wird, und zwar, wie wir hinzusetzen, für seine gehörig begründete Klage versagt wird. Eine solche Abschneidung des Rechtswegs, oder Versagung des rechtlichen Gehörs kann nicht blos von Seite einer Regierung, welche eine willkührige rechtsverletzende Handlung der richterlichen Entscheidung zu entziehen sucht, sondern auch von Seite eines Gerichts, welches die Justitz verwalten und ertheilen soll, also auch verweigern kann, verübt werden. Wir haben früher nachgewiesen, daß jedes nichtige Erkenntniß eine Rechtsverletzung enthalte, und eine Klage zur Verfolgung derselben zur Folge habe (§. 3. 5 u. 7). Wird nun dieser Rechtsverfolgung der Weg Rechtens vom Gerichte abgeschnitten, wird der Nichtigkeitsklage — wir reden hierbei immerfort (§. 63) von einer gehörig begründeten Nichtigkeitsklage — unter dem Vorwande jener irrigen und gesetzwidrigen Praxis (§. 61) das rechtliche Gehör versagt, so ist damit eine Justitzverweigerung begangen, und eine Beschwerde darüber vollkommen begründet. — Man kann nicht sagen, daß eben durch das als nichtig angefochtene Erkenntniß ja bereits Justitz ertheilet worden sei, folglich von verweigerter Justitz, und zwar schon von vorne herein, die Rede gar nicht sein könne; denn diese angeblich frühere Justitzertheilung soll eben durch die Nichtigkeitsklage als gar nicht geschehen nachgewiesen

Bayerische Staatsbibliothek München

werden, und diese Nachweisung der nicht ertheilten Justitz abschneiden, ist eine offenbare Verweigerung der Justitz selbst.

Diese Beschwerde über Justitzverweigerung gegen das oberste Gericht muß bei der Staatsregierung, insbesondere derjenigen Staatsbehörde, welcher die Oberaufsicht über die Rechtspflege im Lande anvertraut ist, also in einem constitutionellen Staate bei dem Justitzministerium vorgebracht, und auf die eben angegebene Art begründet werden. Das darauf gebaute Gesuch wird auf einen Befehl an das oberste Gericht gerichtet werden müssen, die irrige und gesetzwidrige Praxis aufzugeben, und über die angestellte Nichtigkeitsklage gesetz- und proceßordnungsmäßig zu erkennen.

Daß das Justitzministerium zur Erlassung eines solchen Befehls befugt, und das oberste Gericht zur Befolgung desselben verbunden sei, kann nicht bezweifelt werden. Jenes muß die gesetzmäßige Rechtspflege im Bereiche seines Wirkungskreises handhaben, und darauf wachen, daß in demselben die Justitz nach den Gesetzen, nicht nach einer eigenwilligen Praxis (legibus, non exemplis) verwaltet werde. Dieses muß als untergeordnete richterliche Behörde die deßfallsige allgemeine Vorschrift desselben befolgen. Damit wird weder die Unabhängigkeit der Gerichte verletzt, noch eine sogenannte Cabinets-Justitz ausgeübt, weil dadurch keineswegs eine einzelne concrete Rechtssache von oben her enrschieden, oder auf deren Entscheidung materiel eingewirkt, nur die fehlerhafte Praxis, welche von dem Gerichte befolgt worden, gerügt, und die gesetzliche Norm hergestellt wird, wornach vom Gerichte Nichtigkeitsklagen gegen seine Erkenntnisse im Allgemeinen behandelt werden müssen.

Viele Beispiele dieser Art Justitzministerialdeclarationen und Verfügungen an untergeordnete Gerichtsbehörden finden wir in den früher (§. 42 in der Note) angeführten Schriften von Erelinger, Hasemann und Löwenberg über die Kön. Preuß. Verordnung vom 14. Dec. 1833 das Rechtsmittel der Revision und der Nichtsgkeitsbeschwerde betreffend.

---

1) a. a. O. §. 169. Note b.

§. 65.

Gesuch um Anordnung eines Specialgerichts.

Wenn auf die Beschwerde über Justitzverweigerung (§. 64) von dem Justitzministerium eine abschlägige Resolution erfolgt; so ist die Praris des obersten Gerichts, nach welcher Nichtigkeitsklagen nur bei dem höheren Richter angebracht werden können (§ 61), damit bestätiget und anerkannt. Da aber aus diesem Satze keineswegs, daß die Nichtigkeitsklage gegen ein Erkenntniß des obersten Gerichts überhaupt unstatthaft sei, sondern nur soviel folget, daß dieselbe sowohl bei diesem, als einem nicht vorhandenen ordentlichen oberen Gerichte anzustellen, nicht möglich sei, und da sich weiter, wie wir bereits nachgewiesen haben (§. 61), ergiebt, daß nun, um die Anstellung der Nichtigkeitsklage wirklich bei einem höheren Richter möglich zu machen, ein außerordentliches oder besonderes, ein Specialgericht zu diesem Zwecke angeordnet werden müsse, so ist damit auf den angegebenen Fall das Gesuch um Anordnung eines solchen Specialgerichts, als weiteres Bekämpfungsmittel jener Praris (§. 63) vollkommen begründet. Solche Specialgerichte sind ja selbst bei drei obersten Gerichten (§. 46. 53 u. 56) wenn gleich nicht unter demselben Namen, doch mit demselben Zwecke und derselben Wirkung, und selbst bei einem dieser Praxis zugethanen obersten Gerichte Platz greifend [1]), und die obersten Gerichte, welche dieser Praris huldigen, müssen in der Anordnung eines Specialgerichts ihr Erforderniß eines höheren Richters zur Anstellung der Nichtigkeitsklage erfüllet, willig anerkennen, wenn sie nicht, dieselbe zurückstoßend, damit die verschleierte Absicht verrathen wollen, jede Nichtigkeitsklage gegen ihre Erkenntnisse mit Hilfe ihrer Praris völlig abzuschneiden. Die Nothwendigkeit der Anordnung eines solchen Specialgerichts wird auch noch dadurch bestärket, daß durch dasselbe die Stelle der Reichsgerichte, bei welchen ehemals solche Klagen angebracht werden konnten (§. 24), vertreten wird, und daß ohne eine solche Vertretung der Rechtszustand der Unterthanen eines solchen Landes gegen jenen der meisten anderen Deutschen Staaten um Vieles verschlimmert oder gefährdet sein würde [2]).

Daß diese Anordnung eines Specialgerichts keine Instanzenvermehrung enhalte, ist einleuchtend, da hier von Appellation, Instanzenzug und Rechtskraft gar kein Rede sein kann (§. 6 u. 9), und dasselbe

nur die Stelle des obersten oder Reichsgerichts vertritt. Das deßfallsige Gesuch muß übrigens natürlich bei dem Justizministerium, welches die Praxis gebilligt hat, als nothwendige Folge dieser Billigung angebracht werden. Diese Anordnung eines Specialgerichts wird am sichersten und unbefangensten geschehen, wenn das Justizministerium die Partheien zu einem Compromisse auf ein auswärtiges oberstes Gericht, als Specialgericht, auffordert, oder die gehörig besetzte Juristenfacultät der Landesuniversität als solches bestellet, da andere, dem obersten Gerichte untergeordnete Gerichte, wenn auch einer anderen, den Partheien fremden Provinz, dazu von selbst nicht wohl berufen werden können. Auch die Actenversendung an eine auswärtige Juristenfacultät, oder ein Spruchcollegium, von der wir noch reden werden (§. 68), kann ein Mittel zur Anordnung eines Specialgerichts darbiethen.

Wir müssen hierbei noch bemerken, daß die oft berührte Praxis, so nothwendig auch dieselbe die Anordnung eines Specialgerichts macht, dennoch, auch abgesehen von ihrer Unhaltbarkeit, eines so außerordentlichen und ungewöhnlichen Opfers ganz und gar nicht werth sei. So hat aber eine Abnormität eine nur abnorme Folge!

---

1) Wenn in dem bereits (§. 46) berührten Rechtsfalle eben diese Anordnung eines besonderen Kassationstribunals nach dem Organisationsgesetze vom 18. März 1806 als „der bestehenden Gerichtsverfassung zuwiderlaufend“ im Jahre 1834 versagt worden ist, (Claus a. a. O. S. 40) so beweiset dieses nichts, als daß hier, ausgehend von einer irrigen Ansicht über die Nichtigkeitsklage gegen oberstrichterliche Erkenntnisse überhaupt, das Ungewöhnliche mehr als das Gesetzliche beachtet, und der außerordentliche Fall, für welchen das Gesetz ausdrückliche Vorsorge getroffen hatte, nicht nach diesem, sondern nach der für ordentliche Fälle bestehenden Einrichtung beurtheilt worden ist. Wir können uns hier nur an das Gesetz, nicht an das Factum halten, und erlauben uns nur noch die Frage, ob die Gerichtsverfassung im Jahre 1806, wo das Gesetz die Anordnung eines Specialgerichts gestattete, eine ganz andere, als im Jahre 1834, wo diese Gerichtsverfassung jene Anordnung nicht gestattet haben soll, wirklich gewesen sei? —

2) Unbezweifelt konnten Nichtigkeitsklagen gegen nichtige Erkenntnisse der Oberappellationsgerichte früher, als noch Reichsgerichte bestanden, bei diesen als höheren Richter angebracht werden (§. 24). Soll nun nach Auflösung der Reichsgerichte eine solche Klage gar nicht mehr angestellt wer-

den können, oder ist, wenn das oberste Gericht die Vertretung der Reichsgerichte bei einer solchen Klage mit Hilfe seiner Praxis von sich weiset, die Staatsregierung nicht verbunden, ein anderes Surrogat der Reichsgerichte durch Anordnung eines Specialgerichts herbeizuschaffen?? —

§. 66.

Beschwerde über Justitzverweigerung bei der Deutschen Bundesversammlung.

Wird das Gesuch um Anordnung eines Specialgerichts (§. 65) wie früher die Beschwerde über Justitzverweigerung (§. 64) von dem Justitzministerium als unstatthaft zurückgewiesen, so entsteht die wichtige Frage, ob dann der in der Schlußacte der Wiener Ministerialconferenzen vom 15 Mai 1820 [1]) vorgesehene Fall einer bei der Deutschen Bundesversammlung anzubringenden und zu remedirenden Beschwerde über Justitzverweigerung eingetreten sei. Wir versuchen es, das unten wörtlich abgedruckte Bundesgesetz zu zergliedern, und jede einzelne Bestimmung desselben auf die aufgestellte Froge anzuwenden.

1) Eine wirkliche Justitzverweigerung ist vor Allem erforderlich. Wir haben bereits nachgewiesen, daß eine solche schon dann vorhanden sei, wenn unter dem Vorwande der irrigen und gesetzwidrigen Praxis, daß die Nichtigkeitsklage nur bei dem höheren Richter angestellt werden könne, einer gehörig begründeten Nichtigkeitsklage gegen ein oberstrichterliche Erkenntniß das rechtliche Gehör vom obersten Gerichte versagt, die Rechtsverfolgung abgeschnitten wird (§. 64). Wird nun von dem Justitzministerium jene fehlerhafte Praxis gebilliget, und die dagegen erhobene Beschwerde nicht nur verworfen, sondern selbst die weiter gebethene Anordnung eines Specialgerichts zur Vorbringung der Nichtigkeitsklage bei einem höheren Richter nach der gebilligten Praxis versagt, so wird die vom obersten Gerichte begangene Justitzverweigerung (§. 64) nun von dem Justitzministerium getheilet, und zu der seinigen gemacht. Eine wirkliche Justitzverweigerung ist dann ungezweifelt von dem Justitzministerium, und so von der Staatsregierung, deren organische Behörde für Oberaufsicht und Handhabung der Rechtspflege im Staate jenes ist, begangen worden.

2) Die Beschwerde über Justitzverweigerung muß, nach der Verfassung und den bestehenden Gesetzen des Landes beurtheilt, erwiesen sein. Bei den beiden, der oft berührten Praxis anhängenden obersten Ge-

richten (§. 46 u. 48) sichert die Staatsverfassung des Landes, besonders als Deutschen Bundesstaates, Jedermann die nöthige Rechtshilfe gegen erlittene Rechtsverletzungen, wohin nichtige Erkenntnisse der Gerichte unbezweifelt gehören. Bei dem Ersten derselben gewähret sogar ein organisches Gesetz für den außerordentlichen Fall einer solchen Nichtigkeitsklage gegen das Erkenntniß dritter oder letzter Instanz die Anordnung eines Specialgerichtes als Kassationstribunals (§. 46). Bei dem Anderen besteht für diesen Fall keine Particulargesetzgebung (§. 48), und es tritt also für denselben die Bestimmung des gemeinen Rechts (§. 26) ein, welches die Nichtigkeitsklage gegen ein nichtiges Erkenntniß des obersten Gerichts bei eben demselben statthaft erkläret. Der weitere Beweis der Justitzverweigerung selbst ist schon im ersten Satze geliefert. Wir gehen aber noch einen Schritt weiter, und verlangen sogar, daß auch die gehörige Begründung der Nichtigkeitsklage selbst (§. 70), neben der Verweigerung des rechtlichen Gehörs für dieselbe, erwiesen sein müsse.

3) Ausreichende Rechtshilfe muß auf gesetzlichen Wegen nicht haben erlangt werdenkönnen. Wenn die Statthaftigkeit der Nichtigkeitsklage, der angeführten Praxis entgegen, durch die gehörige Ausführung bei der Klaganstellung, oder die Remonstration nach deren Zurückweisung (§. 63) nachzuweisen vergebens versucht worden; wenn die Beschwerde über Justitzverweigerung bei dem Justitzministerium kein Gehör gefunden (§. 64), und selbst die gesuchte Anordnung eines Specialgerichts versagt worden ist (§. 65); dann ist doch wohl erwiesen, daß auf gesetzlichen Wegen ausreichende Rechtshilfe nicht hat erlangt weeden können.

Die Folge von dem Allem ist, daß durch die Fruchtlosigkeit der angegebenen Versuche, der begründeten Nichtigkeitsklage rechtliches Gehör zu verschaffen, der in dem angeführten Bundesgesetze vorgesehene Fall einer bei der Bundesversammlung anzubringenden Beschwerde über Justitzverweigerung wirklich herbeigeführt werde, und diese sowohl befugt als verbunden sei, dieselbe anzunehmen, und darauf die gerichtliche Hilfe bei der Bundesregierung, die zur Beschwerde Anlaß gebeben, zu bewirken. Diese Rechtshilfe wird wohl, dem bis dahin von dem obersten Gerichte und dem Justitzministerium eingehaltenen Gange gemäß, in nichts Anderem, als der Anordnung eines Specialgerichts bestehen können, wie dieses auch bei anderen obersten Gerichten geschehen würde (§. 53 u. 56). Dieses Specialgericht wird jedenfalls, besonders

aber in dem Falle, wenn das Erkenntniß als partheiisch nachgewiesen, und aus dieser Ursache als nichtig angefochten wird (§. 33), ein ganz unpartheiisches Gericht sein müssen.

Zur Bestärkung dieser Ausführung sei uns eine Vergleichung des Rechtszustandes der Deutschen Staatsbürger vor Aufhebung der Deutschen Reichsverfassung und nach Errichtung des Deutschen Bundes in Bezug auf nichtige Erkenntnisse der obersten Landesgerichte gestattet. Während vor jener Reichsgerichte bestanden, konnten Nichtigkeitsklagen gegen Erkenntnisse der obersten, oder Oberappellationsgerichte in Ländern, welche das privilegium de non appellando hatten, entweder bei diesen selbst, theils gemeinrechtlich (§. 26) theils nach Particulargesetzen (§. 49), oder bei den Reichsgerichten (§. 24) angebracht werden. Wurden sie im ersten Falle von jenen zurückgewiesen, so konnten sie entweder bei den Reichsgerichten, oder bei diesen auch Beschwerden über Justitzverweigerung angebracht werden. Wenn einer Seits nichtige Erkenntnisse von den Reichsgerichten nicht zu befürchten waren, wie die neuere Zeit einige wenige und seltene Beispiele von obersten Gerichten geliefert hat; so war auch durch jene Gerichtsverfassung besonders für sichere Rechtsverfolgung etwaiger Rechtsverletzung durch nichtige Erkenntnisse der Oberappellationsgerichte, vorzüglich in Klagsachen der Unterthanen gegen ihre Regierungen, zureichend gesorgt. Der Rechtszustand der Deutschen Staatsbürger hatte daher zu jener Zeit einer kräftigeren Garantie sicherer und unbefangener Rechtssprechung sich zu erfreuen, als jetzt, wo in allen Bundesstaaten Oberappellations- oder oberste Gerichte vorhanden sind, und von allem früher Bestandenen nichts, als die, im Allgemeinen zwar angenommene, aber im Besonderen noch nicht gesicherte Vertretung der Reichsgerichte durch jene obersten Gerichte, und äußersten Falles die Beschwerde über Justitzverweigerung bei der Bundesversammlung übrig geblieben ist. Unter solchen Verhältnissen ist diese um so mehr berechtiget, dafür zu sorgen, daß bei den wenigen einer irrigen und gesetzwidrigen Praxis folgenden obersten Gerichten solche Klagen gegen ihre nichtigen Erkenntnisse einen Richter finden, daß die Rechtshilfe, welche bei den Reichsgerichten zu erhalten gewesen wäre, nach Aufhebung derselben bei einem sie vertretenden Gerichte gefunden werden könne [2]).

Durch die bisherige Darstellnng (§. 61 — 66) hoffen wir die Praxis der Minderzahl der Deutschen obersten Gerichte, welche die Statthaftigkeit

der Nichtigkeitsklage gegen ihre Erkenntnisse verneinen, gehörig beleuchtet und widerlegt, und die rechtlichen Mittel angegeben und begründet zu haben, wodurch dieselbe zu bekämpfen, und äußersten Falles die Anordnung eines außerordentlichen Gerichts, bei welchem die Nichtigkeitsklage geltend gemacht werden kann, zu erzielen ist. So wäre denn auch die Statthaftigkeit der Nichtigkeitsklage gegen die Erkenntnisse der wenigen obersten Gerichte, welche dieselbe durch die berührte Praxis zu beseitigen glauben, gerettet.

---

1) Art. XXIX. „Wenn in einem Bundesstaate der Fall einer Justizverweigerung eintritt, und auf gesetzlichen Wegen ausreichende Hülfe nicht erlangt werden kann, so liegt der Bundes-Versammlung ob, erwiesene, nach der Verfassung und den bestehenden Gesetzen jedes Landes zu beurtheilende Beschwerden über verweigerte oder gehemmte Rechtspflege anzunehmen, und darauf die gerichtliche Hülfe bei der Bundes-Regierung, die zu der Beschwerde Anlaß gegeben hat, zu bewirken".

2) Wir können zur Bestätigung dieses Vergleiches zwischen Ehemals und Jetzt uns auf einen sehr merkwürdigen Ausspruch eines höchsterhabenen Staatsmannes beziehen. Als beim Wiener Congresse in der Ministerialconferenz vom 20. Oct. 1814 der Bevollmächtigte eines süddeutschen Hofes im Namen seines Souveräns äußerte: „Es dürfte in dem zu entwerfenden Grundgesetze unter keiner Bedingung von Verhältnissen einzelner Unterthanen gegen ihre Souveräns die Rede sein" da erklärte Fürst Metternich: „Eine Feststellung dieses Verhältnisses sei durchaus nothwendig; denn es seien in letzter Zeit in einzelnen Staaten Deutschlands solche Bedrückungen eingetreten, wider welche die Unterthanen in Zukunft durch ein Rechtsverhältniß, wie sie dessen in der früheren Reichsverfassung theilhaftig gewesen, sicher gestellt werden müßten. (W. Binder Fürst Clemens von Metternich und sein Zeitalter. Ludwigsb. 1836. S. 252) Es möchte wohl manchen durch die Säcularisation der Deutschen geistlichen Staaten, durch die frühere und spätere Ländervertheilungen und Austauschungen schwer betroffenen Individuen auch in unseren Tagen, wenn Reichsgerichte noch bestünden, ein günstigeres Loos durch Rechtshilfe derselben zu Theil geworden sein, als ihnen beim Mangel einer solchen nun wirklich gefallen ist. — Einen in vieler Hinsicht beklagenswerthen Stoff zu einer solchen Vergleichung zwischen Ehemals und Jetzt biethet der eben in einem süddeutschen Lande vorgefallene, schon früher (§. 46) berührte Rechtsstreit des Grafen von Hallberg. Ein durch den Reichsdeputationshauptschluß von 1803 für den Verlust überrheinischer Besitzung mit einer ewigen Rente von 6880 fl. auf die ehemalige Reichsabtei Schussenried und deren neuen Besitzer angewiesener vormaliger Reichsgraf, nun dessen Erbe — erwartet bis heute den ersten Pfennig der

ihm durch das berührte letzte Reichsgesetz zugetheilten Entschädigung!!! — Einigen Stoff gleicher Art biethet auch des Verfassers Abhandlung: Die Rechte der vormals Großherzoglich-Frankfurtischen, von Kurhessen übernommenen Staatsdiener und Pensionäre. Fulda 1832. Die darin behandelten Rechtsfragen lassen die Thatsachen leicht errathen, welche sie hervorgerufen, und einen ehrwürdigen juristischen Veteran zu dem kurzen Urtheile darüber veranlaßt haben, daß, wer das Recht sehen wolle, es leicht finden werde.

§. 67.

Möglichkeit des Erkenntnisses über eine solche Nichtigkeitsklage. Selbsterkenntniß.

Nach festgestellter Statthaftigkeit der Nichtigkeitsklage gegen Erkenntnisse der obersten Gerichte (§. 37—67) kömmt die Frage von der Möglichkeit eines Erkenntnisses über eine solche Nichtigkeitsklage, inwiefern nehmlich ein oberstes Gericht über die Nichtigkeitsklage gegen sein eigenes Erkenntniß, oder über die wirkliche Nichtigkeit desselben urtheilen könne, in Betracht.

Man findet es schon sonderbar, daß ein oberstes Gericht einen so auffallenden Fehler, als die Vernachläßigung wesentlicher Erfordernisse eines Rechtserkenntnisses ist, begehen könne, oder werde; aber noch weit sonderbarer, sogar widerstrebend findet man es, daß dasselbe Gericht nun auch über seinen eigenen Fehler solcher Art soll urtheilen können, ein Selbstbekenntniß ablegen müssen.

Wir haben schon früher (§. 5 u. 11) errinnert, daß das Erste, wenn es auch selten, bei den meisten Deutschen obersten Gerichten äußerst selten oder gar nicht (§. 66) vorkommen wird, doch immer noch möglich sei. Der zweite noch größere Anstand wird sich leicht durch die innere Verfassung dieser obersten Gerichte beseitigen lassen. Sie bestehen gewöhnlich, meist gesetzlich, aus einer größeren Zahl von Richtern, in Senate abgetheilt. Der von einem Referenten oder Correferenten in einem Senate veranlaßte Fehler kann durch den Vortrag anderer Referenten, und in einem anderen Senate, selbst im versammelten ganzen Gerichte, erhoben und außer Zweifel gesetzt werden. Jene erste Referenten, selbst die Mitglieder, welche durch ihre Abstimmung den Fehler sich gleichsam eigen gemacht haben, können bei der Prüfung der angeklagten Nichtigkeit, und besonders bei der Abstimmung über dieselbe, wenn sie nicht selbst derselben sich enthalten, von dem Chef des Gerich-

tes vermöge seines Amtes ausgeschlossen werden. Aber auch diese Maßregel selbst wird wohl nur äußerst selten nothwendig erscheinen, weil bei einer völlig klar und unzweifelhaft nachgewiesenen Richtigkeit, was doch zur Anstellung einer solchen Klage nothwendig erforderlich ist (§. 70), wohl angenommen werden kann und muß, daß selbst derjenige Richter, welcher den Fehler verschuldet, ihn auch wohl ohne Leidenschaft selbst bekennen, und durch sein Bekenntniß zu dessen Verbesserung mitwirken wird. So kann der Nichtigkeitsklage gegen ein Erkenntniß des obersten Gerichts, angestellt und entschieden bei demselben Gerichte, durch die Verfassung desselben die nehmliche Garantie einer unbefangenen Rechtspflege verschafft werden, welche die Nichtigkeitsklage gegen ein untergerichtliches Erkenntniß, bei eben dem Unterrichter angestellt, durch die Möglichkeit der Berufung gegen dessen ferneres Erkenntniß, oder durch Anstellung bei dem höheren Richter erhält.

§. 68.

Actenversendung.

Tritt der Möglichkeit des Selbsterkenntnisses über die Nichtigkeitsklage gegen ein Erkenntniß eines obersten Gerichtshofes ein erhebliches Hinderniß entgegen, oder kann der Querulant ein gegründetes Mißtrauen gegen die Unbefangenheit des Gerichts in der Mehrheit seiner Glieder nachweisen, und darauf eine Recusation desselben gehörig gründen; so muß, dem Geiste der Deutschen Gerichtsverfassung gemäß, demselben die Bitte um Actentransmission zur Einholung eines Erkenntnisses von einem dazu angeordneten Spruchcolleg oder einer gehörig besetzten Juristenfacultät nachgelassen bleiben. Diese Actenversendung ist nicht blos in den älteren Deutschen Reichsgesetzen [1]) besonders begünstiget, sondern auch der Antrag auf dieselbe durch die Deutsche Bundesacte [2]) in neuerer Zeit bei den gemeinschaftlichen Oberappellationsgerichten, als eine Befugniß der Partheien, ausgesprochen worden. Wenn bei diesen von einzelnen kleinen Deutschen Staaten zusammen gesetzten obersten Gerichtshöfen das Gesuch um Transmission der Acten, eben wegen der aus der Zusammensetzung und geringen Zahl der Richter entspringenden Unvollständigkeit der Garantie einer völlig sicheren und unbefangenen Rechtspflege, den Partheien allgemein zur Wahl überlassen ist: wieviel mehr muß nicht analog und aus gleichem Grunde bei der Rich-

tigkeitsklage gegen ein Erkenntniß eines nicht gemeinschaftlichen Oberappellationsgerichtes in dem Falle, wenn die Parthei ein gegründetes Mißtrauen gegen die Unbefangenheit des Gerichtes, oder wegen eines Mangels einer vollkommenen Garantie nachweisen kann, die Bitte um Actenversendung Statt finden. Nicht zu gedenken, daß dieselbe, als ein altdeutsches Institut, nach gemeinem Rechte von jeder Parthei in einem Rechtsstreite, besonders aber in Klagsachen der Unterthanen gegen ihre Herrschaft, verlangt werden kann [3]). Ist auch die Actenversendung als ordentliches Rechts- oder Revisionsmittel gegen oberstrichterliche Erkenntnisse durch die Particulargesetzgebung reprobiret, oder verbothen, so kann dieses dem Antrage auf eine solche zur Geltendmachung der Nichtigkeitsklage, welche kein processualisches Rechtsmittel, sondern eine Klage ist, nicht entgegenstehen.

---

1) P. G. O. Art. 219. Deput. Absch. v. 1600 §. 16. Reichsabschied von 1654. §. 113.

2) Art. 12.

3) Martin a. a. O. §. 67. Linde Lehrb. d. d. g. Civil-Proc. §. 71. Gönner a. a. O. B. I. S. 90. u. f.

§. 69.

Anordnung eines Specialgerichts.

Wenn die Möglichkeit des Erkenntnisses über die Nichtigkeitsklage gegen ein Erkenntniß eines obersten Gerichtes theils durch die eigene Dijudicatur desselben (§. 67) theils durch Einhohlung eines Erkenntnisses von einem Spruchcolleg (§. 68) gegeben ist, so wird es der Anordnung eines Specialgerichts sehr selten und nur dann bedürfen, wenn entweder die Particulargesetzgebung (§. 46 u. 53), oder eine fehlerhafte Praxis des obersten Gerichts (§. 48) und die beharrliche Vertheidigung derselben von Seite der Staatsregierung (§. 64) eine solche durchaus nothwendig macht, um bei diesem Specialgerichte als höheren Gerichte (§. 65) die begründete Nichtigkeitsklage gegen ein Erkenntniß des obersten Gerichts geltend machen zu können.

§. 70.

Erforderniß zur Anstellung der Nichtigkeitsklage.

Die Nichtigkeitsklage gegen ein Erkenntniß eines obersten Gerichtes erfordert eine wirklich vorhandene Nichtigkeit, eine unzweifelhafte Nach-

weisung der Nichtigkeit desselben. Dieses Erforderniß fließt nothwendig aus dem Begriffe dieser Klage, und den Bestimmungen des gemeinen Rechts über dieselbe. (§. 7. 9 u. 22). Jede Klage beruht auf einer Thatsache, welche dem Gesetze subsumiret, eine Rechtsverletzung darstellt. Die Thatsache ist hier das Erkenntniß, welchem ein wesentlicher Mangel anklebt, und das Gesetz dasjenige, welches das eben mangelnde Erforderniß als nothwendig und wesentlich vorschreibt. Die Folge ist die Nichtigkeit des Erkenntnisses, und die Statthaftigkeit der Nichtigkeitsklage gegen dasselbe. Die Nachweisung einer wirklich unzweifelhaften Nichtigkeit beruht demnach lediglich darauf, daß der Mangel eines wesentlichen vom Gesetze als solches vorgeschriebenen Erfordernisses im Erkenntnisse dargethan wird. Nur dadurch wird die Nichtigkeitsklage gegen ein Erkenntniß eines obersten Gerichtes begründet.

Da, wo auf diese Weise gegen ein solches Erkenntniß eine Nichtigkeitsklage gehörig begründet angestellt wird, wird von diesem Klagmittel ein gesetzlicher Gebrauch gemacht. Ungegründete, blos vorgebliche Nichtigkeiten durch dasselbe verfolgen wollen, ist Mißbrauch desselben, welcher mit Recht gerügt, und bestraft wird, wie dieß auch bei mehren Oberappellationsgerichten gesetzlich bestimmt ist.

Daß endlich diese Nichtigkeitsklage nur binnen der gesetzlichen Verjährungszeit, und zwar nach gemeinem Rechte binnen 30 Jahren vom Tage der Verkündung des Erkenntnisses, insofern die Particulargesetzgebung diese Periode nicht abgekürzet hat, angestellt werden könne, bedarf kaum einer besonderen Erinnerung. Nur möchte, wo diese die Zeit des Gebrauchs, als Nothfrist gegen das Wesen dieser Klage, so enge, selbst auf Monate beschränkt, mit Recht die Frage gestellt werden, ob nicht einer später, aber noch binnen der Verjährungszeit des gemeinen Rechts angestellten und gehörig begründeten Nichtigkeitsklage die Restitution zur kurzen Hand gegen den Ablauf jener Nothfrist zu gut kommen müsse.

§. 71.

Schlußfolge in Bezug auf die aufgeworfene Hauptfrage.

Diesem Allem zufolge dürfen wir die uns zur Aufgabe gemachte Frage, ob und inwiefern gegen Erkenntnisse der Deutschen obersten

Gerichtshöfe oder Oberappellationsgerichte in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten die Nichtigkeitsklage Statt finde (§. 37) als gelöset ansehen, und dahin beantworten, daß diese Klage allerdings statthaft sei, und zwar

1) sowohl nach der Natur der Sache, vermöge welcher auch oberstgerichtliche Erkenntnisse einer Nichtigkeit fähig sind, zu deren Verfolgung eine Klage und zwar bei demselben Richter Statt finden muß (§. 37), und

2) nach dem gemeinen Römischdeutschen Rechte, welches die Nichtigkeitsklage bei demselben eben so, wie bei dem höheren Richter zuläßt (§. 38), als

3) nach der Eigenschaft der Deutschen obersten Gerichte, als Stellvertreter der vormaligen Reichsgerichte, bei welchem eine solche Nichtigkeitsklage gegen ein Erkenntniß der Ersten unbezweifelt Statt gefunden hat (§. 39.) und

4) nach der Particulargesetzgebung und Praxis der überwiegenden Mehrzahl der Deutschen obersten Gerichte, welche diese Statthaftigkeit bejahet (§. 59 u. 60), unangesehen selbst der dieselbe verneinenden Minderzahl derselben, und ihrer fehlerhaften Praxis, welche äußersten Falles nicht die Unstatthaftigkeit der Klage selbst, nur die Nothwendigkeit eines Specialgerichts, als höheren Richters, zur Geltendmachung derselben zur Folge haben kann (§. 61—66).

Diese Nichtigkeitsklage gegen ein Erkenntniß eines Deutschen obersten Gerichtshofes findet aber nur insoferne Statt, als sie durch Nachweisung einer wirklichen unzweifelhaften Nichtigkeit des angefochtenen Erkenntnisses gehörig begründet, und binnen der durch das gemeine Recht, oder ein etwaiges Particulargesetz bestimmten Verjährungszeit angestellt wird (§. 69).

§. 72.

Die Nichtigkeitsklage gegen austrägalgerichtliche Erkenntnisse.

Bei der, wenigstens noch zu berührenden Frage, ob die Nichtigkeitsklage auch gegen Erkenntnisse, welche die Deutschen Oberappellationsgerichte als Austrägalgerichte im Auftrage und Namens der Deutschen Bundesversammlung[1]) fällen, Statt habe, stoßen wir auf getheilte Meinungen der Staatsrechtsgelehrten. Gegen jene Mehrer, welche die

Statthaftigkeit der Nichtigkeitsklage gegen austrägalgerichtliche Erkenntnisse zugeben [2]), glaubt Klüber [3]), daß darüber noch eine Bestimmung fehle, und Jordan [4]) behauptet, daß, solange eine solche nicht erfolge, die Klage unzuläßig sei, da sich deren Statthaftigkeit nicht von selbst verstehe, und die Bundesgesetzgebung die Unstatthaftigkeit aller Rechtsmittel, mit bloser Ausnahme der Restitution, zur Regel erhoben habe. Wenn aber gegen jedes nichtige richterliche Erkenntniß ohne Ausnahme nach der Natur Sache, und dem Geiste unserer Gerichtsverfassung gemäß (§. 3 u. 5) die Nullitätsklage Statt findet, wenn sie insbesondere auch gegen jedes nichtige Erkenntniß eines Oberappellationsgerichts nach der eben vorgetragenen Schlußfolge (§. 71) Statt findet; so scheinet sich allerdings die fragliche Statthaftigkeit, solange keine, kaum erwartbare gegentheilige Bestimmung erfolgt, von selbst zu verstehen [5]); zumal die Nichtigkeitsklage kein eigentliches Rechtsmittel ist, und als Klage durch die Bundesgesetzgebung nicht ausgeschlossen worden sein kann. Kaum wird aber diese Frage in einem Falle zur Anwendung kommen, da bei der den betheiligten Bundesgliedern zuständigen Wahl des Austrägalgerichts nicht leicht einem Oberappellationsgerichte der ehrende Beruf zur Entscheidung einer Austrägalsache zu Theil werden wird, von welchem die Vernachläßigung eines wesentlichen Erfordernisses derselben zu befürchten wäre, und die jedesmalige Dijudicatur der Sache in vollem Rathe des Gerichts auch eine Bürgschaft gegen eine solche Vernachläßigung gewähret.

---

1) B. A. Art. 11. Schl. A. Art. XXI, XXII, u. XXIII. Klüber a. a. O. S. 174 u. 175.

2) angeführt in Jordan Lehrb. d. allg. u. Deutsch. Staatsr. S. 362. Note 12.

3) a. a. O. S. 175. Note c.

4) a. a. O. S. 361 u. 362. IV. u. Note 12.

5) Sollte nicht auch der Art. XXIII der Schluß-Acte, welcher auf die vormals von den Reichsgerichten subsidiarisch befolgte Rechtsquellen hinweiset, in Bezug auf dasjenige, was bei denselben ehehin in Betracht der Nichtigkeits, klagen gegen ihre eigenen Erkenntnisse Statt gefunden (§. 25), hier in analoge Anwendung kommen?

§. 73.

Künftige Gesetzgebung. Allgemeine Gesetzgebung über die Nichtigkeitsklage gegen Erkenntnisse in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten.

Sollen wir endlich einem neueren Gebrauche zufolge auch noch die künftige Gesetzgebung berücksichtigen, welche in Ansehung der Nichtigkeitsklage gegen bürgerliche Rechtserkenntnisse sowohl überhaupt, als besonders gegen jene der Deutschen obersten Gerichte wünschens- und empfehlungswerth wäre; so würde es wohl einer solchen neuen Gesetzgebung [1]) gar nicht bedürfen, wenn nur das Alles, was die Natur der Sache, und die positiven Gesetze darüber, und zwar nach unserer Ausführung sehr klar und bestimmt verordnet haben, auch überall von den Gerichten sowohl als den Rechtsgelehrten eben so anerkannt wäre. Diese Lehre wird aber von Reinhardt [2]) als noch im Dunkeln liegend, und von Mittermaier [3]) als bestritten angesehen (§. 9). Wir haben durch unsere Erörterung hoffentlich zureichend nachgewiesen, welche entgegengesetzte, verkehrte und irrige Ansichten über das Wesen und die Eigenschaften der Nichtigkeiten richterlicher Erkenntnisse, und der Nichtigkeitsklage gegen dieselbe, durch das Nichtachten des wichtigen Unterschieds zwischen rechtswidrigen und nichtigen Erkenntnissen (§. 6), und durch das Beachten eines ungegründeten Unterschieds zwischen heilbaren und unheilbaren Nichtigkeiten (§. 19) herbeigeführt, in manchen Gerichten und auf manchen Lehrstühlen noch herrschen, — wie diese Klage von Vielen für ein processualisches Rechtsmittel, sogar für ein devolutives Rechtsmittel, wenn gleich ohne Nothfrist, und mit einer dreißigjährigen Verjährungsfrist, geachtet wird (§. 9 u. 29), ungeachtet die klaren Römischen Gesetze die Devolution ausdrücklich für unnöthig und abfällig erklären, und die eben so bestimmten Deutschen Gesetze die Anstellung der Nichtigkeitsklage beim höheren Richter zwar zulassen, aber nicht nothwendig erfordern (§. 26), — wie eine irrige Hermeneutik aus den Deutschen Gesetzen einen eben so wenig erheblichen als gegründeten Unterschied zwischen heilbaren und unheilbaren Nichtigkeiten, und sogar eine Nichtigkeitsbeschwerde für die erste Art blos vermeintlicher Nichtigkeiten ableitet (§. 19 u. 20), — wie das aus dem Zusammenhalte der Römischen und Deutschen Gesetze entspringende Wahlrecht der durch ein nichtiges Rechtserkenntniß verletzten Parthei,

bei demselben oder dem höheren Richter die Nichtigkeitsklage anzustellen, durch die gesetzwidrige Thesis oder Praxis, daß sie nur bei dem höheren Richter angebracht werden könne (§. 27, 28 u. 30) vereitelt — und wie sogar durch unstatthafte Anwendung derselben auf das Erkenntniß eines obersten Gerichtes, welches einen höheren ordentlichen Richter gar nicht hat, wenn auch nur von einigen Deutschen obersten Gerichten gegen die große Mehrzahl aller anderen die Nichtigkeitsklage ganz abzuschneiden gesucht wird (§. 59. 60 u. 61). Einer so irregehenden und tadelnswürdigen Doctrin gegenüber, welche beurkundet, daß die Gesetze oft weiser als ihre Priester und Lehrer sind, muß freilich der lebhafte Wunsch gerechtfertiget erscheinen, daß diesem Unwesen, und dieser Verworrenheit durch eine neue Gesetzgebung ein Ende gemacht werde. Die Aufgabe derselben wird keine andere sein müssen, als feste Grundsätze aus dem Wesen der Nichtigkeit und Nichtigkeitsklage selbst, aus der Natur der Sache und aus den Römischdeutschen Gesetzen streng richtig abgeleitet, mit dem Gesetzstempel zu bezeichnen, und zu künftiger gesetzlicher Norm zu erheben. Damit wird jene unzuverläßige, oft sich selbst widersprechende Jurisprudenz für die Zukunft ersetzet, die festere Begründung sowohl als nothwendige Begränzung des Feldes der Nichtigkeiten bürgerlicher Rechtserkenntnisse erzwecket, und die Rechtsverfolgung nichtiger Erkenntnisse überall, und wo dieselbe immer vorkommen mögen, vollkommen gesichert werden.

Der so vielfach gebrauchte Grund, daß der Richter über seine eigene Fehler, besonders so auffallende, als Nichtigkeiten sind, nicht selbst unbefangen urtheilen könne, oder werde, wird bei dem aus dem Römischdeutschen Rechte sich herleitenden Wahlrechte des Klägers, die Nichtigkeitsklage bei dem höheren eben so gut, als bei demselben Richter anzustellen, auf keine Weise, besonders in Ansehung der unter- und obergerichtlichen Erkenntnisse, gefährdet. Es ist daher auch weder nöthig, noch zweckmäßig, bei einer neuen Gesetzgebung mit Aufhebung jenes Wahlrechts die Nichtigkeitsklage nur bei dem höheren Richter zu gestatten. Will man indeß bei einer solchen durchaus jenen Grund zum Grundsatze legislatorisch erheben, und die Zuläßigkeit der Nichtigkeitsklage allgemein nur auf den höheren Richter beschränken, so lasse man diese Klage wenigstens das ferner sein, was sie ihrem Wesen nach ist, ohne sie zu einem processualischen, besonders devolutiven Rechtsmittel,

was sie so wenig als die Syndicatsklage ist, oder sein kann, umzutaufen. Man gestatte dann aber zur Vermeidung einer offenbaren Inconsequenz diese letzte Klage auch nur allein bei dem höheren Richter, und spreche für den Fall einer Nichtigkeits- oder Syndicatsklage gegen ein oberstrichterliches Erkenntniß die Anordnung eines außerordentlichen Gerichts, um die Klage bei diesem auch möglich zu machen, so bestimmt und allgemein im neuen Gesetze aus, daß diese nicht erst in jedem einzeln vorkommenden Falle (§. 65) besonders erbethen zu werden braucht.

Wenn endlich Mittermaier[4]) dafür hält, daß der Zeitraum von 30 Jahren für die Dauer der Nichtigkeitsklage zu lang sei, so hängt diese Meinung wohl mit der berührten Doctrin zusammen, welche die Nichtigkeitsklage mehr für ein processualisches Rechtsmittel, als für eine reine persönliche Klage achtet, und so die Verjährungszeit dieser Klage der Nothfrist jenes Rechtsmittels zu assimiliren trachtet, was wir auch in mehren neuen Particulargesetzen verwirklichet sehen. Es ist aber nicht wohl einzusehen, warum gerade diese Art von Personalklagen in der Dauer so sehr zu beschränken sei, während den Personalklagen anderer Art, namentlich auch der Syndicatsklage, der gewöhnliche gemeinrechtliche Lauf gelassen wird, und der bei einem processualischen Rechtsmittel in Bezug auf Rechtskraft geltende Grundsatz möglichster Beschränkung bei der Nichtigkeitsklage keine Anwendung finden kann.

---

1) Reinhardt a. a. O. §. 341 glaubt den Beweis geführt zu haben. daß bei einer künftigen Gesetzgebung es einer Nichtigkeitsklage gar nicht bedürfe.
2) Reinhardt a. a. O. S. 232.
3) Mittermaier a. a. O. S. 87.
4) Mittermaier a. a. O. S. 104.

§. 74.

Besondere Gesetzgebung über die Nichtigkeitsklage gegen Erkenntnisse der Deutschen obersten Gerichtshöfe.

In Belang einer künftigen Gesetzgebung über die Nichtigkeitsklage gegen bürgerliche Rechtserkenntnisse überhaupt konnten wir unsere Wünsche auf legislatorische Anerkennung der aus dem Wesen der Nichtigkeitsklage selbst, aus der Natur der Sache, und den Römischdeut-

schen Gesetzen mit strenger Genauigkeit abgeleiteten Grundsätze beschränken (§. 73). Dagegen müssen wir in Betreff einer künftigen besonderen Gesetzgebung über die Nichtigkeitsklage gegen Erkenntnisse der Deutschen Oberappellationsgerichte eine Ausdehnung derjenigen particular- oder gemeinrechtlichen Bestimmungen, welchen die überwiegende Mehrzahl der Deutschen obersten Gerichte folget (§. 59 u. 60), auf jene obersten Gerichte, welche entweder über die Statthaftigkeit der Nichtigkeitsklage gegen ihre Erkenntnisse sich noch nicht ausgesprochen haben (§. 47 u. 54), oder einer der Mehrzahl widersprechenden Praxis folgen (§. 46 u. 48), wünschen. Jenen Ersten, welche von selbst, auch ohne ein ausdrückliches Gesetz, wahrscheinlich eher der großen Mehrzahl, als der kleinen Minderzahl in vorkommendem Falle sich anschließen würden, kann eine solche Gesetzgebung nur erwünscht sein. Von diesen Letzten ist bei Einem (§. 46) die Hoffnung zu einer solchen entsprechenden Gesetzgebung bereits durch eine glaubwürdige Autorität gegeben, und gewissermaßen durch die wahrhaft königlichen Worte, ausgesprochen in der Antwort auf die Dankaddresse der Cammer der Abgeordneten im Jäner 1838 [1]) verbürget, und von dem Andern (§. 48), um nicht das Letzte zu sein, und dieses allein zu bleiben, wird dem erhaben vorleuchtenden Beispiele der Mehrzahl hoffentlich bald eine erfreuliche Nachfolge zu erwarten sein. Dann werden die (§. 63 u. f.) dargestellten Bekämpfungsmittel jener Praxis der Minderzahl von selbst abfällig werden, und künftig für nicht geschrieben anzusehen sein.

Ein Rückblick auf eben jene particularrechtliche Bestimmungen, denen großentheils die Mehrzahl der obersten Gerichte Folge leistet, zeigt uns aber in mehren einzelnen Puncten, selbst solchen, welche das Wesen der Nichtigkeit und Nichtigkeitsklage nahe berühren, eine bedeutende Verschiedenheit und Divergenz, welche, ohne daß wir in dieselbe, als unserem Zwecke nicht angemessen, hier näher und einzeln eingehen können, gewiß zu dem Wunsche einer mehr gleichförmigen, dem Wesen der Nichtigkeitsklage mehr entsprechenden Gesetzgebung berechtiget. Außerdem wird durch die allgemein ausgesprochene Statthaftigkeit der Nichtigkeitsklage gegen Erkenntnisse der Deutschen obersten Gerichte bei eben denselben ohne Herstellung des früher bestandenen Wahlrechts des Klägers, seine Klage bei demselben oder einem höheren Richter anzustellen, der Rechtszustand der Deutschen Staatsbürger noch immer nicht in der Art,

„wie sie dessen in der früheren Reichsverfassung theilhaftig gewesen“ (§. 66) hergestellt und gesichert. Es kann Fälle geben, wo es für den Kläger von dem höchsten Interesse ist, seine Klage bei einem höheren, bei einem über alle National=Provinzial=Standes= und Religions=Verschiedenheiten erhabenen Gerichte anzustellen. Dieses besondere Verhältniß erreget den weiteren Wunsch, daß doch endlich die früher (Einl. Note 5) berührte Prophezeiung in Erfüllung gehen, und ein Deutsches Bundesgericht errichtet werden möge, welches jenen früheren Rechtszustand der Deutschen Unterthanen herstellen und sichern würde.

Möge der wohlbegründete, im Interesse des Rechts und der Wissenschaft, selbst im Interesse der inneren Sicherheit des Deutschen Bundes, also zum Besten der Deutschen Unterthanen, und Ruhme der Bundesfürsten, wenn gleich nur schüchtern geäußerte Wunsch, mit welchem wir die uns gemachte Aufgabe schließen, nicht als unbescheiden verarget, oder getadelt, und wenn er vielleicht in unseren Tagen nur ein frommer bleiben soll, für unsere Nachkommen ein erfüllter werden!

---

1) „Neue Gesetze sollen nur dann, wenn die Grundlage einer längst vorüber gegangenen Zeit verschwunden, und neue Bedürfnisse sie hervorrufen, vorgeschlagen, und an der Hand der Erfahrung und im Einklange mit der Gesetzgebung der Nachbarstaaten im gemeinschaftlichen Vaterlande eingeführt werden.“ Frankf. Journal Beil. v. 28 Jän. 1838. Num. 28 im Art. Stuttgardt v. 25 Jän. 1838.

Uebersicht der Erörterung.

Einleitung. . . . . Seite 1.

Erste Abtheilung.

Die Nichtigkeitsklage im Allgemeinen.

§. 1 Nichtigkeit der Rechtshandlungen. . . . . Seite 5.
§. 2 Heilbarkeit nichtiger Rechtshandlungen. . . . . — 6.
§. 3 Verfolgung der Nichtigkeit einer Rechtshandlung. . . . — 7.
§. 4 Verschiedene Arten der Rechtshandlungen. Nichtigkeit der Rechtsgeschäfte, Heilung und Verfolgung derselben. . . — 9.
§. 5 Nichtigkeit der Rechtserkenntnisse. . . . . — 10.
§. 6 Nichtigkeit der Rechtserkenntnisse verschieden von Rechtswidrigkeit derselben. . . . . — 11.
§. 7 Heilung und Verfolgung nichtiger Rechtserkenntnisse. . — 12.
§. 8 Nichtigkeitseinrede gegen die auf ein nichtiges Rechtserkenntniß gegründete Klage. . . . . — 13.
§. 9 Nichtigkeitsklage gegen Rechtserkenntnisse. Verschiedenheit von processualischen Rechtsmitteln. . . . . — 15.
§. 10 Nähere Betrachtung der Nichtigkeitsklage. Kläger und Beklagter. . . . . — 17.
§. 11 Gericht. . . . . — 18.
§. 12 Zweck und Wirkung der Nichtigkeitsklage, und Verfahren bei derselben. . . . . — 20.
§. 13 Resultat der bisherigen Ausführung. . . . . — 21.

Zweite Abtheilung.

Die Nichtigkeitsklage in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten nach den verschiedenen Gesetzgebungen.

§. 14 Römische Gesetze. . . . . Seite 22.
§. 15 Canonische Gesetze. . . . . — 24.
§. 16 Aeltere Deutsche Gesetze. . . . . — 26.
§. 17 Neuere Deutsche Gesetze im Reichsabschiede von 1654. Geschichte derselben. . . . . — 30.

§. 18 Inhalt derselben. . . . . Seite 32.
§. 19 Nähere Erwägung des Inhalts. Heilbare und unheilbare Nichtigkeiten. . . . . — 34.
§. 20 Wirkliche Nichtigkeiten. . . . . — 37.
§. 21 Eigentliche Bestimmungen der neueren Deutschen Gesetzgebung im Reichsabschiede von 1654. . . . . — 39.
§. 22 Rückblick auf die verschiedenen Gesetzgebungen und Vergleichung mit der Natur der Sache. Einige besondere Betrachtungen. . . . . — 40.
§. 23 Die Nichtigkeitsklage bei den Reichsgerichten gegen Erkenntnisse untergeordneter Gerichte. . . . . — 42.
§. 24 Selbst der Oberappellationsgerichte inappellabler Länder. — 44.
§. 25 Die Nichtigkeitsverfolgung bei den Reichsgerichten gegen ihre eigene Erkenntnisse. . . . . — 46.
§. 26 Ergebniß der bisherigen Forschung. . . . . — 47.
§. 27 Endliche Feststellung des Gerichts, bei welchem die Nichtigkeitsklage angestellt wird. Wahlrecht des Klägers. . — 49.
§. 28 Gegentheilige Meinung. . . . . — 50.
§. 29 Gegentheilige Particulargesetzgebug. . . . . — 55.
§. 30 Gegentheilige Praxis. . . . . — 56.
§. 31 Beispiele von nichtigen Rechtserkenntnissen. . . . . — 57.
§. 32 Das Erkenntniß gegen die nicht gehörte Parthei. . . — 58.
§. 33 Das zu Gunsten einer Parthei gefällte Erkenntniß. . . — 59.
§. 34 Das auf eine unwahre Thatsache gebaute Erkenntniß. — 61.
§. 35. Das gegen ein Gesetz gefällte Erkenntniß. . . . . — 62.
§. 36. Das gegen ein rechtskräftiges Erkenntniß gefällte Erkenntniß.. . . . . — 65.

Dritte Abtheilung.

Die Nichtigkeitsklage in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten gegen Erkenntnisse der Deutschen obersten Gerichte.

§. 37 Statthaftigkeit derselben. Nach der Natur der Sache. Seite 67.
§. 38 Nach gemeinem Rechte. . . . . — 68.
§. 39 Als Stellvertreter der Reichsgerichte. . . . . — 68.
§. 40 Nach der Particulargesetzgebung und Praxis der meisten Deutschen obersten Gerichtshöfe. . . . . — 69.

§. 41 Kaiserl. Oesterreichische oberste Justitzstelle zu Wien. Seite 70.
§. 42 Königl. Preußisches geheimes Obertribunal zu Berlin. — 71.
§. 43 Königl. Baierisches Oberappellationsgericht zu München. — 72.
§. 44 Königl. Sächsisches Oberappellationsgericht zu Dresden. — 73.
§. 45 Königl. Hanöversches Oberappellationsgericht zu Celle. — 73.
§. 46 Königl Würtembergisches Obertribunal zu Stuttgardt. — 74.
§. 47 Großherzogl. Badensches Oberappellationsgericht zu Carlsruhe. . . . . — 76.
§. 48 Kurfürstl. Hessisches Oberappellationsgericht zu Kassel. — 77.
§. 49 Großherzogl. Hessisches Oberappellationsgericht zu Darmstadt. . . . . — 77.
§. 50 Herzogl. Schleßwigholsteinlauenburgisches Oberappellationsgericht zu Kiel. . . . . — 79.
§. 51 Großherzogthum Luxemburg. . . . . — 79.
§. 52 Herzogl. Braunschweigisches und Fürstl. Waldeck. und Lippeisches Oberappellationsgericht zu Wolfenbüttel. . — 80.
§. 53 Großherzogl. Mecklenburgisches Oberappellationsgericht zu Parchim. . . . . — 81.
§. 54 Herzogl. Nassauisches Oberappellationsgericht zu Wiesbaden. . . . . — 82.
§. 55 Großherzogl. und Herzogl. Sächsisches Oberappellationsgericht zu Jena. . . . . — 82.
§. 56 Großherzogl. Oldenburgisches Oberappellationsgericht zu Oldenburg. . . . . — 83.
§. 57 Herzogl. Anhalt- und Fürstl. Schwarzburgisches Oberappellationsgericht zu Zerbst. . . . . — 83.
§. 58 Gemeinschaftliches Oberappellationsgericht der vier freien Städte zu Lübeck. . . . . — 84.
§. 59 Die Particulargesetzgebung und Praxis der Deutschen obersten Gerichtshöfe im Ueberblicke zusammengefaßt. . — 84.
§. 60 Die Mehrzahl der Deutschen obersten Gerichte, welche die Statthaftigkeit der Nichtigkeitsklage gegen ihre Erkenntnisse bejahen . . . . . — 87.
§. 61 Die Minderzahl der Deutschen obersten Gerichte, welche die Statthaftigkeit der Nichtigkeitsklage gegen ihre Erkenntnisse verneinen, und die Praxis derselben . . . . . — 88.

Bayerische Staatsbibliothek München

§. 62 Schattenseite der Praxis der Minderzahl Deutscher oberster Gerichte. . . . . Seite 93.
§. 63 Rechtliche Mittel zur Bekämpfung dieser Praxis. Deduction und Remonstration. . . . . — 96.
§. 64 Beschwerde über Justitzverweigerung bei dem Justitzministerium. . . . . — 98.
§. 65 Gesuch um Anordnung eines Specialgerichts. . . . . — 100.
§. 66 Beschwerde über Justitzverweigerung bei der Deutschen Bundesversammlung . . . . . — 102.
§. 67 Möglichkeit des Erkenntnisses über eine solche Nichtigkeitsklage. Selbsterkenntniß . . . . . — 106.
§. 68 Actenversendung. . . . . — 107.
§. 69 Anordnung eines Specialgerichts. . . . . — 108.
§. 70 Erforderniß zur Anstellung der Nichtigkeitsklage. . — 108.
§. 71 Schlußfolge in Bezug auf die aufgeworfene Hauptfrage. — 109.
§. 72 Die Nichtigkeitsklage gegen austrägalgerichtliche Erkenntnisse. . . . . — 110.
§. 73 Künftige Gesetzgebung. Allgemeine Gesetzgebung über die Nichtigkeitsklage gegen Erkenntnisse in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten. . . . . — 112.
§. 74 Besondere Gesetzgebung über die Nichtigkeitsklage gegen Erkenntnisse der Deutschen obersten Gerichtshöfe . — 114.

Bayerische
Staatsbibliothek
München

Druck
von Amand Ney in Fulda.

FÖRDERUNGSWERK
St.nikolaus
BERUFSBILDUNGSWERK
8871 DÜRRLAUINGEN
08. NOV. 1993

BSB Bayerische StaatsBibliothek

MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Herquet, Lothar,

Die Nichtigkeitsklage in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten besonders Erkenntnisse der Deutschen obersten Gerichtshöfe

Bd.: 1

Fulda 1838

J.pract. 122 f-1
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10554217-1